

Guide

La cooperazione tra imprese concorrenti

Guida ai principi per la valutazione antitrust

INDICE

Introduzione	p. 4
1. La cooperazione orizzontale: i vantaggi e le preoccupazioni concorrenziali	p. 8
2. Il quadro giuridico per la valutazione sotto il profilo antitrust	p. 10
2.1. Ambito di applicazione della disciplina	p. 15
2.2. Principi generali	p. 20
3. Accordi di ricerca e sviluppo	p. 26
3.1. Applicazione del BER R&S	p. 27
3.1.1. Le condizioni di esenzione	p. 29
3.1.2. Revoca del beneficio dell'esenzione	p. 34
3.2. Valutazione individuale ai sensi dell'articolo 101(1)	p. 35
3.3. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(3)	p. 39
4. Accordi di specializzazione e produzione in comune	p. 40
4.1. Applicazione del BER Specializzazione	p. 41
4.1.1. Le condizioni di esenzione	p. 43
4.2. Valutazione individuale ai sensi dell'articolo 101(1)	p. 44
4.3. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(3)	p. 47
4.4. Comunicazioni elettroniche: condivisione di infrastrutture Mobili	p. 48
5. Accordi di acquisto	p. 51
5.1. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(1)	p. 52
5.2. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(3)	p. 57
6. Accordi di commercializzazione	p. 58
6.1. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(1)	p. 59

6.2. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(3)	p. 61
6.3. Consorzi di offerta	p. 62
7. Scambio di informazioni	p. 64
7.1. Definizione e ambito di applicazione	p. 66
7.2. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(1)	p. 72
7.3. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(3)	p. 79
7.4. Algoritmi di ottimizzazione dei prezzi	p. 80
7.5. Accordi di condivisione dei dati e <i>data pool</i>	p. 82
7.6. Misure per ridurre il rischio di violazioni antitrust	p. 83
8. Accordi di standardizzazione	p. 84
8.1. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(1)	p. 92
8.2. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(3)	p. 94
9. Condizioni standard	p. 94
9.1. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(1)	p. 94
9.2. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(3)	p. 96
10. Accordi di sostenibilità	p. 97
10.1. Ambito di applicazione	p. 97
10.2. Accordi che non sollevano preoccupazioni concorrenziali	p. 99
10.3. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(1)	p. 100
10.3.1. Principi generali	p. 100
10.3.2. Accordi di standardizzazione in materia di sostenibilità	p. 101
10.4. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(3)	p. 103

INTRODUZIONE

La cooperazione tra le imprese può generare significativi benefici economici e giocare un ruolo importante nelle dinamiche di mercato, contribuendo a mercati più concorrenziali. In particolare, la cooperazione consente alle imprese di entrare in nuovi mercati, effettuare investimenti rischiosi, lanciare nuovi prodotti, servizi o tecnologie, far fronte a carenze o interruzioni delle catene di approvvigionamento e, più in generale, conseguire risultati economicamente desiderabili che sarebbero difficili da raggiungere per una singola impresa. Per le piccole e medie imprese, inoltre, la cooperazione è spesso uno strumento indispensabile per reagire a cambiamenti nelle dinamiche concorrenziali, superando lo svantaggio insito nella ridotta dimensione, e competere più efficacemente.

Questi benefici possono realizzarsi anche quando la cooperazione riguardi imprese concorrenti, che spesso ricorrono ad accordi con l'obiettivo di collaborare in alcuni ambiti, quali ad esempio le attività di ricerca e sviluppo, la gestione in comune di fasi di produzione, di appalti di forniture, lo sviluppo di reti commerciali o la definizione di standard tecnologici o ambientali.

Diversamente dai cartelli, tali accordi di 'cooperazione orizzontale', benché soggetti al vaglio delle regole antitrust sulle intese restrittive della concorrenza, non sono necessariamente anticoncorrenziali. Consentendo alle imprese di condividere rischi, competenze e risorse, risparmiare costi, integrare attività economiche, realizzare economie di scala o di scopo, essi possono generare efficienze e vantaggi per i consumatori e, dunque, produrre effetti favorevoli per la concorrenza.

Pertanto, in numerosi ambiti, la cooperazione è promossa dalla stessa Commissione europea o incoraggiata, sia a livello politico che legislativo, per raggiungere obiettivi di competitività, sostenibilità e autonomia e di qui per la definizione di ecosistemi europei resilienti, innovativi e competitivi.

Si pensi, ad esempio, alla standardizzazione, alle regole sul coinvestimento e sulla condivisione di infrastrutture del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche o al quadro normativo delineato dal *Data Act* e dal *Data Governance Act*, nell'ambito della Strategia Europea per i dati, per favorire la condivisione dei dati industriali e la creazione di spazi europei di dati in alcuni settori strategici. Inoltre, negli ultimi anni, per gestire la complessità della transizione verde e digitale, la Commissione ha promosso numerose alleanze industriali, utilizzate come uno degli strumenti per conseguire gli obiettivi e attuare, attraverso l'azione comune e una più stretta cooperazione tra tutti i partner privati e pubblici interessati, le pertinenti strategie europee, ad esempio, sulla plastica

nell'economia circolare (*Circular Plastic Alliance*), sulle batterie (*European Battery Alliance*), sull'idrogeno (*European Clean Hydrogen Alliance*), sulle materie prime critiche (*European Raw Materials Alliance*), sui semiconduttori e sui dati (*Alliance for Industrial Data, Edge and Cloud* e *Alliance for Processors and Semiconductor technologies*). In molti casi, tali alleanze sono anche supportate da strumenti di incentivazione agli investimenti in ricerca e sviluppo industriale come gli *Important Project of Common European Interest* (IPCEI) che hanno trovato alcune prime significative applicazioni nei settori della microelettronica, delle batterie, del cloud computing.

D'altronde, la cooperazione orizzontale spesso svolge un importante ruolo complementare nella realizzazione degli obiettivi di politica industriale dell'Unione europea, nella misura in cui consente di superare residui fallimenti di mercato che non sono pienamente affrontati mediante la regolazione o le politiche pubbliche¹. Ciò è emerso con particolare evidenza in relazione al conseguimento degli obiettivi di sostenibilità che, in alcuni casi, non sarebbe possibile se fosse affidato esclusivamente all'iniziativa di singole imprese. In mercati in cui vi è un problema di *first mover disadvantage* o insufficiente domanda di prodotti sostenibili, dovuta ad asimmetrie informative e *bias* comportamentali dei consumatori², una soluzione cooperativa può infatti essere necessaria per conseguire i benefici desiderati in termini di sostenibilità o conseguirli più rapidamente o in modo più efficiente sotto il profilo dei costi. Più in generale, la cooperazione orizzontale può essere necessaria per sfruttare asset e competenze complementari o per raggiungere una scala sufficiente a realizzare determinati investimenti, ad esempio in R&S, per sviluppare uno standard comune, conseguire economie di scopo o effetti di rete o per creare le necessarie infrastrutture.

Recentemente, di fronte all'esigenza di reagire ad un contesto geopolitico più instabile, l'importanza di iniziative di cooperazione tra le imprese per realizzare le priorità strategiche dell'Unione, quali la competitività, la decarbonizzazione e la digitalizzazione, la sicurezza e la resilienza delle catene di approvvigionamento, è stata evidenziata anche nel Rapporto Draghi del 2024³ e nel suo successivo intervento (settembre 2025). Secondo il Rapporto, la cooperazione è essenziale in alcuni settori strategici, come quello delle

¹ Cfr. OECD (2024), *Pro-competitive industrial policy*, p. 39-40; OECD (2023), *Pro-competitive policies for a sustainable economy*, p. 11.

² A causa della mancanza di sufficienti informazioni, i consumatori spesso non sono in grado di apprezzare adeguatamente i benefici futuri derivanti dall'introduzione di prodotti più sostenibili e tendono a sovrastimare l'immediato impatto negativo in termini di aumento dei prezzi.

³ Rapporto Draghi, 2024, *The future of European Competitiveness – Part B, section 2, Chapter 4 (Revamping Competition)*, p. 300.

materie prime critiche⁴ per permettere, ad esempio, alle imprese europee di negoziare e acquistare congiuntamente determinate materie prime la cui offerta è altamente concentrata nelle mani di pochi fornitori extra-UE o il settore della difesa, in cui la scala è un elemento decisivo e, per raggiungerla, un ruolo cruciale è svolto dalla standardizzazione dei prodotti, o, ancora, al fine di accelerare l'integrazione dell'IA nell'industria europea per cui sono essenziali il coordinamento intersetoriale e la condivisione dei dati.

Se da un lato, dunque, la cooperazione tra imprese concorrenti è auspicata e promossa in diversi ambiti, dall'altro, le imprese sono chiamate a valutare autonomamente la compatibilità dei propri accordi con le regole di concorrenza, effettuando un esercizio di *self-assessment* spesso complesso, e il timore di incorrere in violazioni del diritto antitrust potrebbe scoraggiarle dall'intraprendere iniziative di cooperazione economicamente e socialmente desiderabili. Al riguardo, i regolamenti di esenzione per categoria e le Linee direttive sugli accordi di cooperazione orizzontale adottati dalla Commissione europea, insieme gli orientamenti della giurisprudenza, contribuiscono ad una maggiore certezza giuridica e prevedibilità. Peraltro, soprattutto dietro la crescente richiesta da parte delle imprese di orientamenti più chiari sull'applicazione delle regole antitrust agli accordi diretti a perseguire obiettivi di sostenibilità, l'ultima revisione del 2023 è stata guidata dall'obiettivo principale di aggiornare e chiarire ulteriormente il quadro di analisi, in modo da non disincentivare forme di cooperazione virtuose e pro-concorrenziali.

Tuttavia, le sfide dell'attuale contesto economico possono anche giustificare iniziative mirate volte a supportare le imprese nella valutazione della compatibilità con le regole di concorrenza dei loro progetti di cooperazione, e dunque un atteggiamento più aperto da parte della Commissione nei confronti di strumenti, finora usati raramente, come le *comfort letters* o gli orientamenti informali⁵. Soprattutto quando gli accordi di cooperazione implicano investimenti ingenti, come avviene per molti progetti di R&S, la possibilità di discutere *ex ante* con la Commissione (o con le autorità di concorrenza nazionali) la compatibilità del proprio progetto con le regole di concorrenza aumenta,

⁴ Nel rapporto si sottolinea come l'accesso alle materie prime critiche sia fondamentale per l'industria automobilistica e delle tecnologie pulite. L'offerta è però altamente concentrata nelle mani di pochi fornitori, soprattutto per quanto riguarda la lavorazione e la raffinazione, il che crea due rischi principali per l'Europa: la volatilità dei prezzi, che ostacola le decisioni di investimento, e l'utilizzo delle CRM come arma geopolitica, poiché gran parte dell'estrazione e della lavorazione è concentrata in Paesi con cui l'UE non è strategicamente allineata.

⁵ cfr. Note e Studi Assonime, n.15/2020 – *A pro-competitive strategy for EU sustainable growth*.

infatti, la certezza giuridica e consente alle imprese di adeguare rapidamente il progetto qualora la Commissione sollevi preoccupazioni sotto il profilo della concorrenza.

Dall'inizio del nuovo mandato, la Commissione europea ha dichiarato in più occasioni la disponibilità a sostenere in maniera proattiva determinate iniziative di cooperazione delle imprese⁶ e ha fatto una serie di passi importanti in questa direzione.

Nella Comunicazione sul *Clean Industrial Deal* del 26 febbraio 2025, la Commissione si è impegnata a fornire *informal guidance* sulla compatibilità con le regole antitrust dei progetti di cooperazione che contribuiscono al raggiungimento delle priorità dell'UE, in particolare per quanto riguarda l'innovazione, la decarbonizzazione e la sicurezza economica nell'UE⁷, a cui ha fatto seguito l'avvio di una consultazione pubblica nel settore delle materie prime critiche per valutare la necessità di una maggiore cooperazione tra gli operatori in tale ambito⁸. All'esito della consultazione, la Commissione prevede di adottare un *Policy Brief* (per illustrare in dettaglio le modalità attraverso cui le imprese possono collaborare per rafforzare la resilienza e la sicurezza delle catene di approvvigionamento delle materie prime critiche) oppure orientamenti informali in relazione a specifici progetti di cooperazione sottoposti dalle imprese.

Il segnale di un'inversione di tendenza potrebbe già cogliersi nel fatto che, nel frattempo, la Commissione ha utilizzato per la prima volta lo strumento dell'*informal guidance*, adottando, il 9 luglio 2025, due lettere di orientamento informale, in relazione a due iniziative di cooperazione, una volta alla riduzione delle emissioni di CO2 causate dalle attrezzature per la movimentazione dei container nel settore portuale e l'altra diretta a

⁶ Remarks by Executive Vice-President Teresa Ribera at 52nd Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, and Antitrust Economics at Fordham Law School, 19.09.2025 ('We also encourage initiatives by companies to cooperate on sustainability. Just as much as we don't tolerate anti-competitive behaviour, we welcome procompetitive sustainable cooperation [...]. By integrating sustainability into competition policy, we strengthen our markets, paving the way for economic growth that is socially and environmentally responsible and provide long lasting fair play in well-functioning markets'); The Future of Competition Policy and Europe's Strategic Autonomy: Closing Remarks at the Annual GCLC Conference, 30.04.2025 ('[...] At the same time, we will continue the fight against anticompetitive practices that harm the environment. But we also want to be a trustworthy partner for companies or business associations who envisage cooperating to reduce carbon emissions, facilitate recycling or otherwise protect the environment, and who want to consult us on antitrust aspects of their project')

⁷ Comunicazione della Commissione – *il patto per l'industria pulita: una tabella di marcia comune verso la competitività e la decarbonizzazione*, COM (2025) 85, def., p. 14.

⁸ Il processo di consultazione si è finora articolato in due fasi: (i) un invito più generale a fornire contributi (fino ad aprile 2025); (ii) consultazione mirata (fino a settembre 2025) sul trattamento *antitrust* di specifiche forme di cooperazione, ad esempio accordi di acquisto congiunto, accordi di R&S relativa a tecnologie CRM, metodi estrattivi e ottimizzazione delle catene di fornitura, o attività minerarie congiunte, come la raffinazione o trasformazione delle CRM.

consentire la negoziazione congiunta, nel settore automobilistico, delle licenze di tecnologie coperte da brevetti essenziali per gli standard (SEP).

Si tratta di uno sviluppo estremamente significativo che, come sottolineato dalla stessa Commissione⁹, è un chiaro esempio di un approccio più collaborativo e flessibile ('soft enforcement'), non concentrato esclusivamente sull'applicazione rigorosa *ex post* delle regole antitrust, ma volto a garantire una maggiore certezza giuridica e a creare fiducia, favorendo soluzioni preventive in un'ottica di *compliance by design*.

Sebbene, come auspicabile alla luce di tali sviluppi, le imprese dovrebbero poter contare maggiormente in futuro sulla possibilità di ottenere dalla Commissione orientamenti informali, il *self-assessment* rimarrà comunque la regola nella maggior parte dei casi e, in tale prospettiva, i regolamenti di esenzione per categoria e le Linee Direttive della Commissione resteranno un punto di riferimento imprescindibile per le imprese.

Tenuto dunque conto che nell'ordinamento europeo e nazionale mancano metraca certa e criteri univoci per distinguere le forme di collaborazione lecite da quelle incompatibili con il diritto della concorrenza, l'obiettivo di questa Guida è quello di fornire uno strumento pratico per ricostruire il *framework* di regole e principi utile ai fini della valutazione antitrust delle principali tipologie di accordi di cooperazione orizzontale, anche alla luce delle modifiche introdotte con la revisione del 2023.

1. LA COOPERAZIONE ORIZZONTALE: I VANTAGGI E LE PREOCCUPAZIONI CONCORRENZIALI

Gli accordi di **cooperazione orizzontale** sono accordi conclusi tra **imprese concorrenti** (effettivi o potenziali) **che operano allo stesso livello della catena del valore**.

Nell'ottica della tutela della concorrenza, proprio in virtù del fatto di essere conclusi tra concorrenti diretti, gli accordi 'orizzontali' sono generalmente considerati più problematici rispetto agli accordi 'verticali' (es. accordi di distribuzione) tra imprese che operano a diversi livelli della catena del valore (es. tra fornitori e distributori). In

⁹ Opening Remarks by Executive Vice-President Teresa Ribera at the International Bar Association (IBA) Conference in Florence, 12.09.2025 ('[...] These letters are a clear example of how soft enforcement helps to create clarity and confidence – key ingredients for well-functioning markets. By issuing guidance letters, we're helping businesses understand our rules and apply them in real world contexts. Especially in sectors that are key to Europe's strategic goals, companies need reassurance that cooperation and innovation won't be blocked by legal uncertainty. With this more collaborative, soft enforcement approach we are striving to enable the full competitive and innovation potential of European industries, as well as helping businesses transition confidently towards greener and more efficient operations. It's a way of saying: we are here to enforce the rules, but also to enable upfront solutions, to avoid any kind of harm to our market')

particolare, gli accordi finalizzati ad eliminare la concorrenza tra le parti, quali i cartelli per la fissazione dei prezzi, la limitazione della produzione o la ripartizione dei mercati o della clientela, rappresentano la forma più grave di intesa restrittiva della concorrenza nella maggior parte dei sistemi di diritto antitrust.

Molto frequentemente, tuttavia, imprese concorrenti concludono accordi con l'obiettivo di collaborare in alcuni ambiti, quali, ad esempio, le attività di ricerca e sviluppo (R&S), la produzione e la commercializzazione dei prodotti o la definizione di standard. Tali forme di cooperazione possono generare **significative efficienze** e benefici economici, consentendo alle imprese di condividere rischi elevati, mettere in comune *know-how*, integrare attività e competenze complementari, risparmiare costi, aumentare gli investimenti, conseguire economie di scala e/o di gamma e, in tal modo, **penetrare nuovi mercati, sviluppare e introdurre sul mercato nuovi prodotti o tecnologie, far fronte a carenze o interruzioni nelle catene di approvvigionamento o ridurre la dipendenza da specifici prodotti, servizi o tecnologie**. Risultati desiderabili sotto il profilo economico e favorevoli alla concorrenza che, in molti casi, le imprese non sarebbero in grado di conseguire autonomamente, per mancanza delle risorse o delle capacità necessarie.

Al tempo stesso, anche queste forme pro-concorrenziali di cooperazione tra concorrenti, in determinate circostanze, possono limitare la concorrenza in vari modi. In primo luogo, tali accordi possono ridurre l'indipendenza decisionale delle parti, aumentando le probabilità che esse coordinino il loro comportamento per arrivare a un **esito collusivo, sia all'interno che al di fuori dell'ambito della cooperazione**. In particolare: (i) nei mercati interessati dalla cooperazione, l'accordo può **aumentare il potere di mercato** delle parti in misura tale da consentire alle imprese di applicare prezzi più elevati, ridurre le quantità prodotte o incidere negativamente su altri parametri della concorrenza (qualità e varietà dei prodotti, innovazione ecc.); (ii) nei mercati in cui le imprese continuano ad operare separatamente, la cooperazione (a monte o a valle) può facilitare il coordinamento anche fuori dall'ambito della cooperazione, ad esempio nei casi in cui determini la **divulgazione di informazioni sensibili** sotto il profilo commerciale o consenta la realizzazione di una **significativa comunanza di costi** (i.e. la quota di costi variabili che le parti hanno in comune). Inoltre, alcuni accordi di cooperazione orizzontale, come gli accordi di produzione o di standardizzazione, possono dar luogo ad una preclusione (**foreclosure**) **anticoncorrenziale**, ad esempio impedendo ai concorrenti l'accesso effettivo ad un fattore produttivo essenziale, bloccando uno sbocco importante verso il mercato o escludendo tecnologie innovative.

Vantaggi economici

Rischi per la concorrenza

Esito collusivo

Foreclosure anticoncorrenziale

È in ragione di tali potenziali rischi per la concorrenza che gli accordi di cooperazione orizzontale ricadono nell'ambito di applicazione (e devono essere valutati ai sensi) dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e delle omologhe disposizioni nazionali (gli articoli 2 e 4 della legge n. 287/90). Il **paragrafo 1 dell'articolo 101 TFUE vieta le intese** (accordi, pratiche concordate e decisioni di associazioni di imprese) **che abbiano l'oggetto o l'effetto di restringere in maniera sensibile la concorrenza**. Gli accordi che hanno effetti anticoncorrenziali, ma al contempo generano efficienze, possono tuttavia essere **esentati dal divieto** di intese restrittive **se soddisfano specifiche condizioni previste dal paragrafo 3 dell'articolo 101**, finalizzate a bilanciare gli effetti restrittivi della concorrenza con gli incrementi di efficienza generati dall'accordo.

Il quadro giuridico per valutare la compatibilità degli accordi di cooperazione orizzontale con l'articolo 101 TFUE è delineato da due specifici strumenti adottati dalla Commissione europea: (i) le Linee Direttive sull'applicabilità dell'articolo 101 TFUE agli accordi di cooperazione orizzontale (**Linee Direttive Orizzontali – LDO**) e (ii) due regolamenti che stabiliscono le condizioni per l'esenzione di alcune categorie di accordi di ricerca e sviluppo (R&S) e di accordi di specializzazione¹⁰.

2. IL QUADRO GIURIDICO PER LA VALUTAZIONE SOTTO IL PROFILO ANTITRUST

L'approccio seguito dalla Commissione europea nella valutazione concorrenziale degli accordi di cooperazione orizzontale ha subito negli anni una significativa evoluzione. Sulla spinta delle critiche rivolte all'iniziale atteggiamento più interventista, basato su un'interpretazione formalistica e ampia del concetto di 'restrizione della concorrenza' – che portava a considerare la maggior parte degli accordi come restrittivi ai sensi dell'articolo 101(1), per poi valutarli (e, se del caso, esentarli) ai sensi dell'articolo 101(3)– la Commissione ha **successivamente adottato un approccio fondato su criteri di tipo economico (c.d. more economic approach)** che, tenendo conto del potere di mercato delle parti interessate, comporta una valutazione completa sia dell'impatto dell'accordo sulla concorrenza ai sensi dell'articolo 101(1) che delle condizioni per l'esenzione di cui all'articolo 101(3).

A partire dal 2000 la Commissione ha adottato **regolamenti di esenzione per categoria c.d. di nuova generazione** – basati sul principio per cui al di sotto di un certo livello di potere di mercato si può, in linea di massima, presumere che gli effetti positivi dell'accordo prevalgano sugli eventuali effetti negativi per la concorrenza - e Linee

¹⁰ Il potere di adottare regolamenti di esenzione per tali categorie di accordi è conferito alla Commissione dal regolamento (CEE) n. 2821/71 del Consiglio.

Direttive che riflettono un'interpretazione dell'articolo 101 TFUE maggiormente in linea con gli insegnamenti della teoria economica.

Tale *framework* è stato aggiornato e rivisto una prima volta nel 2010¹¹ e, di recente, nel 2023 quando, in seguito alla scadenza dei precedenti regolamenti del 2010 (prevista per il 31 dicembre 2022 e prorogata al 30 giugno 2023) e a valle di un ampio e articolato processo di revisione, la Commissione ha pubblicato due nuovi regolamenti di esenzione per categoria (*block exemption regulations* – BERs), il **regolamento (UE) 2023/1066** relativo agli accordi di R&S (**BER R&S**)¹² e il **regolamento (UE) 2023/1067** relativo agli accordi di specializzazione (**BER Specializzazione**)¹³, accompagnati da una **nuova versione delle Linee Direttive Orizzontali**¹⁴ (LDO). I nuovi regolamenti di esenzione sono entrati in vigore il 1° luglio 2023 e verranno a scadenza il 30 giugno 2035.

La revisione del 2023 ha avuto l'obiettivo, per un verso, di semplificare, rendere più flessibile e **chiarire ulteriormente il quadro giuridico** (senza modificarne la struttura) in modo da garantire alle imprese una maggiore certezza giuridica e, per l'altro, di aggiornare la disciplina per **riflettere l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE**¹⁵ e **tener conto di importanti sviluppi normativi e di mercato** degli ultimi dieci anni, come quelli legati al Green Deal europeo, alla Strategia digitale e all'economia dei dati e delle piattaforme online.

Il pacchetto del
2023

Obiettivi della
revisione

¹¹ Il regolamento n. 2659/2000 relativo agli accordi di ricerca e sviluppo e il regolamento n. 2658/2000 sugli accordi di specializzazione sono stati sostituiti nel 2010 dai regolamenti n. 1217/2010 e 1218/2010.

¹² Regolamento (UE) 2023/1066 della Commissione del 1° giugno 2023 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a talune categorie di accordi di ricerca e sviluppo.

¹³ Regolamento (UE) 2023/1067 della Commissione del 1° giugno 2023 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a talune categorie di accordi di specializzazione.

¹⁴ Comunicazione della Commissione – *Linee Direttive sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, C (2023) 4752 final.

¹⁵ Cfr., *inter alia*, Corte di giustizia UE, sentenza del 13 dicembre 2012, causa C-226/11, *Expedia*; sentenza del 14 marzo 2013, causa C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító e a.*; sentenza dell'11 settembre 2014, causa C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB)/Commissione*; sentenza dell'11 settembre 2014, causa C-382/12 P, *MasterCard e a./Commissione*; sentenza del 19 marzo 2015, causa C-286/13 P, *Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Commissione*; sentenza del 16 luglio 2015, causa C-170/13, *Huawei Technologies*; sentenza del 20 gennaio 2016, causa C-373/14 P, *Toshiba Corporation/Commissione*; sentenza del 21 gennaio 2016, causa C-74/14, *Eturas e a.*; sentenza del 21 luglio 2016, causa C-542/14, *VM Remonts e a.*; sentenza del 26 gennaio 2017, causa C-609/13, *Duravit e a./Commissione*; sentenza del 26 settembre 2018, causa C-98/17, *Philips e Philips France/Commissione*; sentenza del 30 gennaio 2020, causa C-307/18, *Generics (UK) e a.*; sentenza del 2 aprile 2020, causa C-228/18, *Budapest Bank e a.*; sentenza del 25 marzo 2021, causa C-591/16 P, *Lundbeck/Commissione*; sentenza del 25 marzo 2021, causa C-586/16 P, *Sun Pharmaceutical Industries e Ranbaxy (UK)/Commissione*; sentenza del 12 gennaio 2023, causa C-883/19 P, *HSBC Holdings e a./Commissione*.

Sotto quest'ultimo profilo, un aspetto particolarmente innovativo è rappresentato dal tentativo della Commissione di chiarire come la cooperazione tra imprese possa contribuire, nel rispetto delle regole di concorrenza, alla **transizione ecologica e digitale** e ad altri **obiettivi della politica industriale** dell'Unione. A tal fine, in particolare, le Linee Direttive del 2023 includono un nuovo capitolo volto a chiarire come saranno valutati gli accordi di cooperazione orizzontale quando persegono obiettivi di sostenibilità e una sezione *ad hoc* (all'interno del capitolo sugli accordi di produzione) dedicata alla valutazione degli accordi di condivisione di infrastrutture di comunicazioni mobili. Inoltre, anche sulla base dell'esperienza maturata durante la pandemia da Covid-19, la Commissione valorizza il ruolo che la cooperazione tra imprese può svolgere come strumento per affrontare le carenze e le interruzioni nelle catene di approvvigionamento o per ridurre la dipendenza dell'industria europea da determinati prodotti, servizi e tecnologie, **promuovendo la resilienza** del mercato interno.

I **regolamenti di esenzione** creano un ***safe-harbour*** per alcune **categorie di accordi di R&S e di accordi di specializzazione** che sono esentati dal divieto di cui all'articolo 101(1), in quanto **si presume che soddisfino i requisiti per l'esenzione** previsti dall'articolo 101(3). Secondo la struttura tipica dei BERs di nuova generazione, il *safe-harbour* si applica a condizione che: (i) la quota di mercato congiunta delle parti dell'accordo non superi determinate soglie; (ii) l'accordo non contenga nessuna delle restrizioni fondamentali ('hardcore') elencate nei regolamenti di esenzione; (iii) siano soddisfatte altre specifiche condizioni previste dagli stessi regolamenti.

Le **Linee Direttive Orizzontali** definiscono il **quadro analitico per la valutazione sotto il profilo antitrust degli accordi di cooperazione orizzontale**, i.e. per stabilire, nei singoli casi, se un determinato accordo rientri (o meno) nel divieto di cui all'articolo 101(1) e possa (o meno) beneficiare dell'esenzione ai sensi dell'articolo 101(3). Sul piano della struttura, le LDO prevedono un capitolo introduttivo nel quale sono definiti i principi generali applicabili a tutti i tipi di accordo, mentre i capitoli successivi forniscono linee guida specifiche con riferimento ad alcune tipologie più comuni di accordi di cooperazione orizzontale che integrano gli orientamenti generali. Rispetto alla precedente versione, le LDO del 2023 includono ora, nei capitoli dedicati agli accordi di R&S e agli accordi di specializzazione, anche indicazioni in merito all'interpretazione e all'applicazione dei rispettivi regolamenti di esenzione per categoria.

Chiarendo come la Commissione interpreterà e applicherà le regole di concorrenza in questo ambito, le LDO hanno dunque la finalità - tipica dello strumento delle linee guida – di **favorire la certezza del diritto** e fornire assistenza alle imprese. Come noto, infatti, con l'adozione del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio (c.d. modernizzazione) vi è

stato il passaggio da un sistema di notifica *ex ante* degli accordi alla Commissione – alla quale spettava in via esclusiva il potere di concedere l'esenzione ai sensi dell'articolo 101(3) TFUE – a un sistema di *enforcement* decentrato basato sull'applicazione diretta dell'articolo 101(3) da parte delle autorità di concorrenza e dei giudici nazionali. Nell'attuale sistema le imprese sono, dunque, chiamate a valutare autonomamente la conformità dei loro accordi di cooperazione orizzontale con il diritto antitrust europeo. Data la limitata giurisprudenza e prassi decisionale recente, in questo contesto più che in altri, le LDO assumono pertanto una notevole rilevanza pratica e rappresentano un **fondamentale punto di riferimento per le imprese nel self-assessment** della legittimità dei propri accordi.

Poiché la cooperazione orizzontale può assumere le forme più varie e interessare un'ampia gamma di settori e contesti di mercato, sarebbe, tuttavia, irrealistico pensare che le LDO possano fornire indicazioni precise per ogni possibile scenario. Come opportunamente chiarito, esse **non** vanno, quindi, considerate **una checklist da applicare in maniera meccanica**; è sempre necessaria una valutazione caso per caso sulla base dello specifico contesto fattuale¹⁶.

Va infine ricordato che, pur avendo abolito il sistema di notifica preventiva delle intese, il regolamento n. 1/2003 non ha escluso del tutto la possibilità per la Commissione di fornire in via informale orientamenti alle imprese in singoli casi per facilitare l'esercizio di *self-assessment*. Il considerando 38 del regolamento n. 1/2003 prevede, infatti, che le imprese possano ottenere dalla Commissione un orientamento informale nei casi che danno adito ad una reale incertezza perché presentano quesiti nuovi o non risolti circa l'applicazione delle regole antitrust. I criteri seguiti dalla Commissione per valutare l'opportunità di emanare le c.d. lettere di orientamento (*guidance letters*) sono illustrati in una apposita Comunicazione, che è stata oggetto di revisione nel 2022 anche al fine di rendere lo strumento più flessibile e agevolarne l'utilizzo in relazione ad una più ampia gamma di questioni emergenti¹⁷.

¹⁶ LDO, § 4.

¹⁷ Comunicazione della Commissione sull'orientamento informale per questioni nuove o irrisolte relative agli articoli 101 e 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea sollevate da casi individuali (lettere di orientamento), 2022/C 381/07. La Comunicazione chiarisce che la Commissione prenderà in considerazione l'emissione di una lettera di orientamento se, da una valutazione *prima facie*, risultano soddisfatti **due criteri cumulativi**: (i) la valutazione sostanziale dell'accordo/condotta unilaterale deve sollevare una **questione nuova o irrisolta**, i.e. una questione che non è chiarita né dal quadro giudicato esistente, inclusa la giurisprudenza della Corte di Giustizia, né da sufficienti orientamenti generali, dalla prassi decisionale o da lettere di orientamento precedenti; b) il chiarimento da parte della Commissione fornirebbe un **valore aggiunto in termini di certezza del diritto**, in considerazione di una serie di elementi, tra cui l'importanza

Inoltre, l'articolo 10 del regolamento n.1/2003 attribuisce alla Commissione il potere di adottare decisioni positive, ossia decisioni con le quali la Commissione constata l'inapplicabilità ad un determinato accordo del divieto di cui all'articolo 101 TFUE (per il mancato soddisfacimento delle condizioni di cui al paragrafo 1 o per il soddisfacimento delle condizioni di cui al paragrafo 3). Anche le decisioni positive ex articolo 10 sono configurate come uno strumento utile in casi eccezionali, dettati da ragioni di interesse pubblico e in relazione a nuovi tipi di accordi o di pratiche non consolidati nella giurisprudenza e prassi amministrativa esistenti¹⁸. Sia le *guidance letters* che le decisioni positive ex articolo 10 possono contribuire ad aumentare la certezza giuridica nei casi in cui l'autovalutazione sia complessa. Il valore giuridico dei due strumenti, naturalmente, è differente: le decisioni ex articolo 10 possono essere fatte valere dinanzi alle autorità e ai giudici nazionali, che non possono adottare decisioni in contrasto con esse; le *guidance letters* non sono vincolanti per le autorità antitrust e i giudici nazionali, che tuttavia possono tenerne conto nella valutazione di un caso specifico, in base al principio di leale collaborazione. Come già osservato, la Commissione recentemente sembra aver modificato il proprio approccio a tali strumenti, finora considerati strettamente eccezionali e mai utilizzati. In seguito all'esperienza positiva della procedura di *comfort letters* utilizzata per sostenere iniziative di cooperazione volte a porre rimedio alla carenza di prodotti e servizi essenziali durante la pandemia Covid-19¹⁹, nelle LDO del 2023 la Commissione ha previsto espressamente la possibilità di fornire *informal guidance* per gli accordi volti a perseguire obiettivi di sostenibilità²⁰. Solo recentemente, tuttavia, il 9 luglio 2025, la Commissione ha utilizzato per la prima volta tale strumento,

economica dei beni o servizi interessati dall'accordo, alla luce degli interessi dei consumatori; la pertinenza degli obiettivi dell'accordo per il conseguimento delle priorità della Commissione o dell'interesse dell'Unione; l'entità degli investimenti connessi all'accordo.

¹⁸ cfr. Regolamento n. 1/2003, considerando 14.

¹⁹ cfr. Note e Studi Assonime n.1/2021, *L'applicazione delle regole antitrust durante l'emergenza Covid-19*. Nell'ambito del Quadro Temporaneo istituito durante la pandemia Covid-19, ad esempio, la Commissione ha adottato una *comfort letter* in relazione ad un progetto di cooperazione nel settore farmaceutico, presentato da Medicines for Europe (MfE), un'associazione di imprese produttrici di farmaci generici, che riguardava la cooperazione fra i produttori diretta a far fronte al rischio di carenze in tutta Europa dei farmaci necessari per la cura dei pazienti affetti da Covid-19, in particolare aumentando in tempi rapidi la produzione dei farmaci e migliorando la gestione delle scorte e la distribuzione.

²⁰ cfr. LDO, § 515.

adottando due lettere di orientamento informale in relazione ad iniziative di cooperazione nel settore portuale²¹ e in quello automobilistico²².

2.1. Ambito di applicazione della disciplina

Nel capitolo introduttivo, le LDO chiariscono innanzitutto quale sia l'ambito di applicazione della disciplina.

Accordi di cooperazione orizzontale

Il quadro giuridico delineato dalla Commissione si applica soltanto alla cooperazione orizzontale, ossia agli **accordi conclusi tra concorrenti effettivi²³ o potenziali**. Una questione di fondo è, pertanto, stabilire se le parti dell'accordo si trovino in un rapporto di concorrenza almeno potenziale, in quanto, in caso contrario, l'accordo non sarebbe un accordo *orizzontale* e avrebbe minore probabilità di essere colpito dal divieto di cui all'articolo 101(1) TFUE. Nelle LDO del 2023 la **definizione di concorrente potenziale** è stata aggiornata e ampliata, alla luce delle recenti pronunce della Corte di Giustizia nei casi *Generics UK*²⁴ e *Lundbeck*²⁵. In particolare, secondo le LDO, un'impresa è considerata un concorrente potenziale di un'altra impresa "se, in mancanza di accordo, **è probabile che essa, entro un breve lasso di tempo, effettui gli investimenti supplementari o sostenga altri costi di conversione necessari per entrare nel mercato rilevante**"²⁶. Come chiarito, questa valutazione dovrebbe essere effettuata su **basi realistiche**, non essendo sufficiente una mera possibilità teorica di ingresso sul mercato²⁷. Le nuove LDO individuano, inoltre, una serie di fattori (tratti dalla giurisprudenza²⁸) di cui è possibile

Cooperazione
orizzontale

Concorrente
potenziale

²¹ *informal Guidance Letter*, 09.07.2025, caso AT.40976, *APM Terminals*, C (2025) 4523 def., riguardante un accordo di sostenibilità tra operatori di terminal portuali per l'acquisto congiunto di (e la definizione di specifiche tecniche minime per) attrezzature elettriche a batteria per la movimentazione di container utilizzate nei porti. L'iniziativa mira ad accelerare la transizione dalle attrezzature diesel di movimentazione di container a quelle elettriche e assicurare l'interoperabilità tra batterie e dispositivi di ricarica forniti da produttori diversi.

²² *informal Guidance Letter*, 09.07.2025, caso AT.40979, *Guidance – Automotive LNG*, C (2025) 4526 def., relativa alla costituzione, da parte di tre grandi case automobilistiche, dell'*Automotive Licensing Negotiation Group* (ALNG), un accordo finalizzato alla negoziazione congiunta delle licenze di brevetti essenziali per gli standard (SEPs) relativi alle tecnologie di comunicazione mobile (4G, 5G, Wifi).

²³ Le imprese parti dell'accordo sono considerate concorrenti effettivi se operano sullo stesso mercato del prodotto o sullo stesso mercato geografico

²⁴ Corte di giustizia UE, sentenza del 30 gennaio 2020, causa C-307/18, *Generics (UK) e a.*

²⁵ Corte di giustizia UE, sentenza del 25 marzo 2021, causa C-591/16 P, *Lundbeck/ Commissione.*

²⁶ LDO, § 16. La nozione di 'breve lasso di tempo' dipende dal contesto giuridico ed economico e dalle circostanze del caso di specie. In entrambi i regolamenti di esenzione per categoria (R&S e Specializzazione) è, **in via generale, considerato come un breve lasso di tempo un periodo non superiore a tre anni**.

²⁷ Cfr. LDO, *ibidem*; C-307/18, *Generics UK*, cit., punti 37-38.

²⁸ C-307/18, *Generics UK*, cit. punti 36-58; C-591/16 P, *Lundbeck*, cit., punti 38 e 58-59.

tenere conto al fine di valutare se un'impresa possa essere considerata un concorrente potenziale, quali, ad esempio, la determinazione e la capacità propria dell'impresa di entrare nel mercato, l'assenza di barriere insormontabili all'ingresso, l'adozione di sufficienti misure preparatorie, la struttura del mercato, la percezione di altri operatori già presenti sul mercato²⁹.

Tipologie di accordi di cooperazione orizzontale

Le LDO si applicano agli accordi di cooperazione orizzontale riguardanti **beni, servizi e tecnologie** (ad esclusione degli accordi di trasferimento di tecnologia)³⁰ e forniscono indicazioni specifiche con riferimento a sei **tipologie più comuni di accordi di cooperazione orizzontale**, i.e. accordi in materia di **R&S**, accordi di **produzione**, accordi di **acquisto congiunto**, accordi di **commercializzazione, scambio di informazioni**, accordi di **standardizzazione**. Come anticipato, le nuove LDO includono inoltre un capitolo dedicato agli '**accordi di sostenibilità**' che, tuttavia, non rappresentano un'autonoma categoria di accordo, bensì la caratterizzazione che assumono gli accordi di cooperazione di una delle tipologie sopra indicate quando perseguono anche obiettivi di sostenibilità.

L'ambito della cooperazione tra le imprese può riguardare anche più fasi della filiera, combinando, ad esempio, le attività di R&S con la produzione e la commercializzazione in comune dei risultati di tali attività. In presenza di accordi combinati di questo tipo, che potrebbero rientrare in più di una categoria, è importante stabilire a quali principi delle LDO occorra far riferimento ai fini della loro valutazione e dell'applicabilità di eventuali *safe-harbour*. Vale, in questi casi, la regola secondo cui **prevalgono le indicazioni fornite nel capitolo delle LDO relativo alla parte della cooperazione combinata che può essere considerata il c.d. centro di gravità** (i.e. l'attività principale)³¹. Per identificare il centro di gravità assumono rilevanza sia il **punto di partenza della cooperazione** che il **grado di integrazione delle diverse funzioni** che vengono combinate. Sebbene, come precisato, non esista una regola definitiva valida per tutti i casi e sia sempre necessario nella pratica valutare ciascun accordo nel suo specifico contesto economico e giuridico, gli esempi riportati nelle LDO suggeriscono che, di norma, **il centro di gravità è rappresentato dall'attività più a monte**, dalla quale dipendono le fasi successive. Ad esempio, il centro di gravità di un accordo che

²⁹ Cfr. LDO, § 16.

³⁰ LDO, § 5. Gli accordi di trasferimento di tecnologia non rientrano nell'ambito di applicazione delle LDO, ma sono disciplinati dal regolamento (UE) n. 316/2014 di esenzione per categoria e da apposite Linee Direttive della Commissione.

³¹ LDO, § 6.

comprende sia l'attività di R&S che la produzione (o distribuzione) comune dei risultati è in genere l'attività di R&S, a condizione che la produzione (o distribuzione) comune avvenga soltanto se tale attività di R&S comune ha successo. Ai fini della valutazione dell'accordo di cooperazione prevalgono pertanto i principi di cui al capitolo delle LDO relativo accordi di R&S. Il centro di gravità sarebbe invece diverso se le parti si fossero impegnate comunque nella produzione (o distribuzione) comune, indipendentemente dalle attività di R&S; in tal caso, la cooperazione dovrebbe essere valutata sulla base delle indicazioni contenute nel capitolo relativo agli accordi di produzione o in quello relativo agli accordi di commercializzazione³².

Ambito di applicazione rispetto ad altre normative e linee guida

Le LDO generalmente **non si applicano agli accordi verticali** (i.e. accordi conclusi tra imprese operanti a diversi livelli della catena produttiva o distributiva), quali, ad esempio, gli accordi tra fornitori e distributori, che sono disciplinati dal regolamento (UE) 2022/720 di esenzione per categoria (VBER) e dagli Orientamenti sulle restrizioni verticali. Tuttavia, gli **accordi verticali conclusi tra concorrenti** sollevano preoccupazioni concorrenziali analoghe a quelle degli accordi orizzontali e di norma non possono beneficiare dell'esenzione prevista dal VBER (fatta eccezione per le ipotesi di *dual distribution*³³). Tali accordi dovranno essere valutati ai sensi delle LDO e, qualora non destino riserve a livello orizzontale, le eventuali restrizioni verticali in essi contenute dovranno poi essere valutate ai sensi dei relativi Orientamenti³⁴.

**VBER e
Orientamenti
sulle restrizioni
verticali**

La cooperazione orizzontale può assumere forme diverse, dalla collaborazione temporanea ad un determinato stadio di attività (es. nella fase di R&S) a forme più complesse e strutturate, come la condivisione di *assets* e risorse nell'ambito di una alleanza strategica ovvero di una distinta entità economica – un'impresa comune o *joint*

³² Cfr. LDO, §§ 7-8. Le LDO indicano, inoltre, che: (i) il centro di gravità di un accordo di cooperazione orizzontale che comprende sia la specializzazione nella produzione che la commercializzazione in comune dei prodotti risultanti è in genere la specializzazione, in quanto la commercializzazione in comune avviene di norma solo come conseguenza della specializzazione; (ii) il centro di gravità di un accordo di cooperazione orizzontale che comprende la produzione comune e la commercializzazione in comune dei prodotti risultanti è di norma la produzione in comune, in quanto la commercializzazione avviene in genere solo come conseguenza della produzione comune.

³³ Cfr. art. 2(4) VBER. Sebbene il VBER non si applichi agli accordi tra concorrenti, un'eccezione è prevista per gli accordi di distribuzione tra concorrenti conclusi in uno scenario di c.d. *dual distribution*, i.e. in cui il fornitore di beni o servizi opera anche nel mercato a valle, in concorrenza con i suoi distributori indipendenti. In tal caso, l'accordo di distribuzione può beneficiare dell'esenzione prevista dal VBER e le LDO non si applicano. Le LDO restano tuttavia applicabili agli scambi di informazioni tra il fornitore e il distributore che non siano direttamente connessi all'attuazione dell'accordo verticale o necessari per migliorare la produzione o la distribuzione dei beni o servizi oggetto del contratto.

³⁴ LDO, § 43.

venture – sotto il controllo delle parti. Sebbene, di norma, l'articolo 101 TFUE e il relativo quadro giuridico (regolamenti di esenzione e LDO) si applichino a prescindere dalle modalità della cooperazione, la creazione di una *joint venture*, qualora configuri un'operazione di concentrazione di dimensione comunitaria, dovrà essere valutata sulla base (non dell'articolo 101 TFUE, ma) del regolamento n. 139/2004 relativo al controllo delle concentrazioni ('regolamento Concentrazioni')³⁵. È importante, dunque, stabilire in via preliminare quale sia il regime applicabile. Come ricordato nelle LDO³⁶, il criterio-guida è stabilito dall'articolo 3(4) del regolamento Concentrazioni, secondo cui si considerano concentrazioni le ***joint ventures c.d. a pieno titolo (o full-function)***, i.e. le imprese comuni **controllate congiuntamente**³⁷ dalle parti, **che esercitano stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma**³⁸. Se di dimensione comunitaria³⁹,

³⁵ Regolamento n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese.

³⁶ Cfr. LDO, § 46 e nota 64.

³⁷ Cfr. Reg. Concentrazioni, art. 3(1)(b). La nozione di controllo è definita all'art. 3(3), secondo cui esso consiste nella possibilità di esercitare, grazie a circostanze di fatto e di diritto, un'influenza determinante sull'attività di un'impresa. Il concetto di controllo congiunto implica che ciascuna delle imprese fondatrici abbia il potere di bloccare unilateralmente le decisioni relative alla gestione della *joint venture* (nell'ipotesi più semplice, quando ciascuna detiene il 50% del capitale dell'impresa comune o il 50% dei diritti di voto).

³⁸ Reg. Concentrazioni, considerando 20 e art. 3(4). Sulla nozione di impresa comune *full-function*, cfr. Comunicazione della Comunicazione sulla nozione di imprese comuni che esercitano tutte le funzioni di un'entità economica autonoma (98/C 66/01), parr. 11-15; Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 (2008/C 95/01), parr. 91-109. **Per rispettare il criterio dell'impresa *full-function* è sufficiente che la *joint venture* sia economicamente autonoma sotto il profilo operativo**, non occorre che lo sia per quanto riguarda l'adozione delle sue decisioni strategiche. La natura *full-function* implica essenzialmente che la *joint venture* disponga di risorse sufficienti per operare su un determinato mercato, esercitando tutte le funzioni normalmente svolte dalle altre imprese attive sul medesimo mercato. L'impresa comune deve, cioè, disporre di una direzione che si occupi della gestione quotidiana degli affari e di risorse sufficienti, in termini, tra l'altro, di mezzi finanziari, di personale e di attività (materiali e immateriali) al fine di esercitare durevolmente un'attività economica. **Non è *full-function* una *joint venture* che assume soltanto una delle funzioni specifiche facenti parte delle attività delle imprese madri, senza operare sul mercato, ad esempio limitandosi a svolgere attività di R&S o di produzione.** In questi casi, l'impresa comune è considerata un'unità ausiliaria al servizio delle imprese madri. Lo stesso vale per le imprese comuni la cui attività è essenzialmente limitata alla distribuzione o alla vendita dei prodotti delle imprese madri e che fungono quindi principalmente da agenti di vendita. L'altra condizione necessaria ai fini della configurabilità di un'impresa *full-function* è il **carattere duraturo dell'attività dell'impresa**. La *joint venture* deve essere stata costituita con l'intenzione di mantenerla durevolmente in attività, altrimenti il suo impatto sul mercato non sarebbe strutturale. In genere il fatto che le imprese madri abbiano trasferito alla *joint venture* risorse significative è sufficiente a dimostrare il carattere duraturo dell'attività.

³⁹ Cfr. Reg. Concentrazioni, art. 1(2-3). Una concentrazione ha una dimensione 'comunitaria' quando il fatturato totale realizzato a livello mondiale da tutte le società interessate è superiore a 5 miliardi di EUR e il fatturato totale realizzato individualmente nell'UE da almeno due delle società interessate è superiore a 250 milioni di EUR, a meno che ciascuna delle società interessate non realizzi più dei due terzi del proprio

tali operazioni sono valutate sulla base delle disposizioni (sostanziali e procedurali) del regolamento Concentrazioni; a tal fine, vanno notificate alla Commissione in via preventiva e non possono essere realizzate prima che la Commissione ne dichiari la compatibilità con il mercato interno e le autorizzi (con o senza condizioni)⁴⁰.

L'applicazione dell'uno o dell'altro regime non è priva di implicazioni pratiche. La valutazione di una *joint venture* in base alle regole relative al controllo delle concentrazioni presenta, infatti, indubbi vantaggi in termini di rapidità e certezza giuridica. L'accertamento della legittimità delle operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria è effettuato ex ante (e una volta per tutte) esclusivamente dalla Commissione (*one stop shop*), in quanto la normativa antitrust nazionale non è applicabile; la Commissione è inoltre tenuta ad adottare la decisione con cui autorizza (o dichiara incompatibile) la concentrazione entro termini predefiniti. Un maggior grado di incertezza caratterizza, viceversa, la valutazione delle intese ai sensi dell'articolo 101 TFUE (e del regolamento n. 1/2003). Salvo la possibilità di ottenere dalla Commissione una rassicurazione preventiva in singoli casi (mediante orientamenti informali, *comfort letters* o decisioni positive), saranno di regola le imprese a dover valutare autonomamente la compatibilità con l'articolo 101 TFUE della propria *joint venture* che, una volta realizzata, rimane in ogni caso esposta all'eventuale successivo scrutinio da parte della Commissione o delle autorità di concorrenza e dei giudici nazionali, in applicazione dell'articolo 101 TFUE e delle norme antitrust nazionali. Si tratta di considerazioni che

fatturato aggregato nell'UE all'interno di un solo Stato membro. Anche se tali soglie non sono raggiunte, si tratta comunque di una concentrazione comunitaria quando: (i) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 2,5 miliardi di EUR; (ii) in ciascuno di almeno tre Stati membri il fatturato totale realizzato da tutte le imprese interessate è superiore a 100 milioni di EUR e il fatturato totale realizzato singolarmente da almeno due delle imprese interessate è superiore a 25 milioni di EUR; (iv) il fatturato totale realizzato singolarmente nell'UE da almeno due delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di EUR; a meno che ciascuna delle imprese di cui sopra realizzi più di due terzi del proprio fatturato totale nell'UE all'interno di un unico Stato membro.

⁴⁰ È importante ricordare che **la creazione di una *joint venture* rientrante nell'ambito di applicazione del reg. Concentrazioni dovrà essere assoggettata ad un'ulteriore fase di valutazione, prevista dall'art. 2(4-5), nella misura in cui abbia per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale di imprese che restano indipendenti.** Tale coordinamento dovrà essere valutato dalla Commissione **sulla base dei criteri di cui all'articolo 101 TFUE**, al fine di stabilire se la costituzione della *joint venture* abbia come diretta conseguenza una sensibile restrizione della concorrenza tra imprese indipendenti. Il **rischio di un coordinamento anticoncorrenziale** esiste, in particolare, **quando le imprese madri** non trasferiscono la loro intera attività alla *joint venture*, uscendo dal mercato, ma **restano attive sullo stesso mercato della *joint venture* o su un mercato strettamente collegato (a monte, a valle o contiguo) in cui sono in concorrenza**. Va precisato che la valutazione sulla base dei criteri dell'art. 101 TFUE riguarda soltanto gli eventuali aspetti coordinativi della *joint venture* che, per il resto, deve essere valutata, come qualsiasi altra concentrazione, ai sensi dell'art. 2(3), al fine di stabilire se la sua creazione ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante.

Norme settoriali

possono avere un peso nella scelta da parte delle imprese delle modalità di cooperazione e, in particolare, di come strutturare la propria *joint venture*.

Dall'ambito di applicazione dei BERs e delle LDO sono infine esclusi taluni accordi in settori soggetti a normative specifiche⁴¹ (regolamenti relativi all'applicazione delle regole di concorrenza o regolamenti di esenzione per categoria), quali i settori dell'**agricoltura**⁴², dei **trasporti**⁴³ e delle **assicurazioni**⁴⁴. In particolare, le LDO non si applicano agli **accordi di sostenibilità nel settore agricolo**⁴⁵ che sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'articolo 101(1) TFUE ai sensi dell'articolo 210-bis del regolamento (UE) n. 1308/2013 (recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli)⁴⁶. A dicembre del 2023 la Commissione ha adottato appositi Orientamenti⁴⁷ per la valutazione di tali accordi.

2.2. Principi generali

Accordo tra due o più imprese indipendenti

Il divieto di intese di cui all'articolo 101(1) TFUE presuppone l'esistenza di un **accordo tra due o più imprese economicamente indipendenti**. Secondo una giurisprudenza consolidata, quando un'impresa esercita un'influenza determinante su un'altra impresa⁴⁸, esse formano una singola entità economica (*single economic entity*) e costituiscono pertanto parte della stessa impresa⁴⁹. Un'importante conseguenza di tale principio è che

⁴¹ LDO, § 50.

⁴² Cfr. regolamento (CE) 1184/2006 del Consiglio relativo all'applicazione di alcune regole di concorrenza alla produzione e al commercio dei prodotti agricoli.

⁴³ Cfr. regolamento (CE) 169/2009 del Consiglio relativo all'applicazione di regole di concorrenza ai settori dei trasporti ferroviari, su strada e per vie navigabili.

⁴⁴ Cfr. regolamento (UE) n. 267/2010 della Commissione, del 24 marzo 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a talune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate nel settore delle assicurazioni.

⁴⁵ Si tratta di accordi (orizzontali o verticali) stipulati dai produttori di prodotti agricoli, che riguardano la produzione o il commercio di prodotti agricoli e mirano ad applicare standard di sostenibilità più rigorosi di quelli obbligatori ai sensi della normativa dell'Unione o nazionale.

⁴⁶ LDO, § 47. Gli accordi di sostenibilità che non soddisfano le condizioni di cui all'articolo 210-bis del regolamento (UE) 1308/2013 restano tuttavia soggetti all'applicazione dell'articolo 101(1) e vanno valutati alla luce delle LDO o degli Orientamenti sulle restrizioni verticali.

⁴⁷ Comunicazione della Commissione del 12 dicembre 2023 – Orientamenti della Commissione sull'esclusione dall'applicazione dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea per gli accordi di sostenibilità dei produttori agricoli a norma dell'articolo 210-bis del regolamento (UE) 1308/2013 (C/2023/1446).

⁴⁸ Secondo la giurisprudenza esiste una presunzione (relativa) che l'impresa madre eserciti un'influenza determinante sul comportamento di una controllata nel caso in cui la società madre detenga il 100% del capitale della sua controllata oppure tutti i diritti di voto associati alle azioni della controllata (Cfr. Corte di Giustizia, C-97/08, *Akzo*, punti 60 e seguenti; C-595/18 P, *The Goldman Sachs Group Inc./Commissione*, punto 36; C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, (SEN), punti 109-110)

⁴⁹ LDO, § 11. Cfr. Corte di giustizia, C-73/95 P, *Viho*, punto 51.

i rapporti (e gli accordi) tra le società che appartengono ad un'unica impresa non ricadono nell'ambito di applicazione del divieto di intese. Esempio classico sono i c.d. accordi infragruppo (es. un accordo di fornitura fra la capogruppo e una società controllata) che di regola vengono considerati misure organizzative interne al gruppo e non 'accordi' ai sensi dell'articolo 101(1) TFUE. La *ratio* di questo orientamento giurisprudenziale è che non può esservi concorrenza fra le imprese parti di una singola entità economica⁵⁰: se, infatti, la strategia sul mercato della controllata è determinata dall'impresa madre, le società, pur essendo formalmente separate e dotate di distinta personalità giuridica, adotteranno una linea di azione comune sul mercato, a prescindere dall'esistenza di qualsiasi accordo tra di loro.

Single Economic Entity

Nel quadro di questi principi, nelle LDO del 2023 la Commissione ha affrontato l'importante questione - sollevata durante il processo di revisione - dei limiti entro i quali il divieto di cui all'articolo 101 sia applicabile alla relazione tra le imprese madri e la loro *joint venture* (JV). Un tema su cui vi era molta incertezza, in quanto la Corte di giustizia ha, sinora, fatto ricorso alla nozione di *single economic entity* con riferimento alla relazione tra le imprese madri e la JV (ritenendo che esse costituiscano un'unica impresa nella misura in cui sia dimostrato che le imprese madri esercitano un'influenza determinante sulla JV) soltanto in fattispecie di c.d. *parental liability*, ossia al fine di imputare alle imprese madri la responsabilità per violazioni antitrust commesse dalla JV⁵¹, ma non al fine di escludere l'applicabilità del divieto di cui all'articolo 101 TFUE.

Applicabilità dell'art 101 alla relazione tra imprese madri e JV

Alla luce di tale giurisprudenza, le LDO quindi chiariscono che la Commissione in via generale **non applicherà l'articolo 101 agli accordi tra le imprese madri e la loro JV** nella misura in cui essi **riguardino comportamenti che si verificano nel mercato/i rilevante/i in cui la JV opera e nei periodi durante i quali le imprese madri esercitano un'influenza determinante sulla JV**⁵². Il chiarimento introdotto nelle nuove LDO è importante anche per individuare i confini dello scambio di informazioni legittimo tra la JV e le imprese madri, che dovrebbero poter agire come azionisti informati.

In linea con quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nel caso *LG Electronics*, le LDO precisano anche, tuttavia, che il fatto che una JV e le sue imprese madri siano considerate appartenenti ad una stessa impresa su uno specifico mercato non impedisce di

⁵⁰ LDO, *ibidem*. Cfr. Tribunale UE, T-102/92, *Viho Europe BV v. Commission*, punto 47; Corte di giustizia, C-73/95 P, *Viho*, punto 54; Tribunale UE, T-68/89, T-77/89 e T-78/89, *SIV e a./Commissione*, punto 357; Conclusioni AG Rantos, causa C-680/20, *Unilever*, punto 26.

⁵¹ Corte di giustizia, C-172/12, *El du Pont de Nemours and Company*, punto 47; C-588/15 P e C-622/15 P, *LG Electronics*, punti 71 e 76.

⁵² LDO, § 12

considerare le imprese madri come indipendenti in altri mercati⁵³. Di conseguenza, la Commissione **continuerà ad applicare l'articolo 101 TFUE agli accordi**: (i) **tra le imprese madri per la costituzione della JV**; (ii) **tra le imprese madri per modificare l'oggetto della JV**; (iii) **tra le imprese madri e la JV relativi a prodotti o zone geografiche in cui la JV non opera**; (iv) **tra le imprese madri non riguardanti la JV, anche se l'accordo è relativo a prodotti o zone geografiche in cui la JV opera**⁵⁴.

Coordinamento tra concorrenti L'applicazione dell'articolo 101 TFUE alla cooperazione orizzontale presuppone l'esistenza di una forma di coordinamento tra concorrenti, ossia di un **accordo**⁵⁵, una **decisione di un'associazione** di imprese o una **pratica concordata**⁵⁶.

Lo schema di analisi

Valutazione in due fasi Lo schema analitico per valutare se un accordo di cooperazione orizzontale sia compatibile con l'articolo 101 TFUE si articola in due fasi: (i) il **primo step**, ai sensi dell'**articolo 101, paragrafo 1**, consiste nel valutare **se l'accordo abbia un oggetto anticoncorrenziale oppure effetti (reali o potenziali) restrittivi sulla concorrenza**; (ii) il **secondo step**, ai sensi dell'**articolo 101, paragrafo 3**, interviene solo qualora l'accordo sia ritenuto restrittivo della concorrenza nella prima fase di valutazione e consiste nel determinare **se i vantaggi prodotti dall'accordo compensino gli effetti negativi sulla concorrenza** e, di conseguenza, **l'accordo possa essere esentato** dal divieto di cui all'articolo 101(1). Nel caso in cui i vantaggi non prevalgano sulle restrizioni della concorrenza, l'accordo è automaticamente nullo di diritto ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 2⁵⁷.

⁵³ LDO, § 13. Cfr. *LG Electronics*, cit., punto 79.

⁵⁴ LDO, § 12.

⁵⁵ LDO, § 14. La nozione di accordo ai fini del diritto antitrust è molto ampia: affinché sia configurabile un accordo è sufficiente che le parti esprimano, in qualsiasi forma, la loro **comune volontà di operare sul mercato in una determinata maniera**, con l'obiettivo di ridurre l'incertezza sulle rispettive condotte future.

⁵⁶ LDO, *ibidem*. La fattispecie della pratica concordata è una **fattispecie residuale, di chiusura** del sistema che consente di ricondurre nell'ambito di applicazione dell'articolo 101 **qualsiasi condotta collaborativa che**, pur non assumendo la forma di un accordo o di una decisione di associazione, **consenta alle parti di sostituire una collaborazione consapevole fra le stesse ai rischi della concorrenza**. La fattispecie si compone di tre elementi costitutivi: (i) contatti diretti o indiretti, idonei ad influenzare le condotte di mercato di un concorrente attuale o potenziale; (ii) un successivo comportamento sul mercato che dia seguito a tale concertazione; (iii) un nesso causale tra i contatti tra concorrenti e la successiva condotta sul mercato. Con riguardo all'esistenza del nesso causale l'onere della prova è tuttavia invertito: si presume che le imprese tengano conto delle informazioni acquisite nel decidere la propria strategia sul mercato, salvo ove dimostrino che così non è stato.

⁵⁷ LDO, §§ 22-29.

(i) L'accordo è restrittivo della concorrenza ai sensi dell'art. 101(1)?

Le LDO distinguono tra restrizioni della concorrenza per oggetto e restrizioni per effetto. La nozione di **restrizione per oggetto** è utilizzata per le forme più gravi di restrizione della concorrenza, ossia le condotte che per loro stessa natura sono suscettibili di restringere la concorrenza, per cui, una volta stabilito il loro oggetto anticoncorrenziale, non si ritiene necessario valutarne gli effetti sul mercato.

**Restrizioni
per oggetto**

Al riguardo, l'approccio adottato dalla Commissione nelle LDO è, in linea di principio, quello di considerare gli accordi di cooperazione restrittivi per oggetto solo nei casi in cui la loro reale finalità non sia, ad esempio, lo svolgimento di attività di R&S, la produzione o l'acquisto in comune, ma servire da strumenti per l'attuazione di cartelli. Ciò riflette la giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo cui la nozione di restrizione per oggetto deve essere **interpretata restrittivamente** e può essere applicata solo a determinati accordi tra imprese che **rivelino, di per sé e tenuto conto del tenore delle loro disposizioni, degli obiettivi perseguiti nonché del contesto economico e giuridico nel quale si inseriscono, un grado sufficiente di dannosità per la concorrenza tale da poter ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario**⁵⁸.

Di conseguenza, in tutti gli altri casi sarà necessaria un'analisi più approfondita, volta a stabilire se l'accordo di cooperazione abbia effetti (reali o potenziali) restrittivi della concorrenza, i.e. se abbia (o è probabile che abbia) un **impatto negativo apprezzabile su almeno uno dei parametri concorrenziali** (prezzo, quantità, qualità o varietà dei prodotti, innovazione) **rispetto al c.d. scenario controllattuale** (il contesto concorrenziale che esisterebbe in assenza dell'accordo)⁵⁹. Per valutare se un accordo abbia o meno effetti restrittivi, occorre tenere conto della natura e del contenuto dell'accordo, del **contesto effettivo** in cui si inserisce la cooperazione, inclusa la natura dei beni o servizi coinvolti e la struttura del mercato, nonché del **potere di mercato delle parti** e della misura in cui l'accordo contribuisce alla creazione o al rafforzamento di tale potere di mercato ovvero consente alle parti di sfruttarlo.

**Restrizioni
per effetto**

⁵⁸ LDO, §23; Corte di Giustizia, C-67/13 P, *CB/Commissione*, punti 49-51; C-228/18, *Budapest Bank*, punti 35-37. In linea con la giurisprudenza più recente, le LDO precisano inoltre che, qualora le parti invochino possibili **effetti favorevoli alla concorrenza dell'accordo**, questi ultimi – **se dimostrati, pertinenti e sufficientemente importanti** – **vanno presi in considerazione in quanto elementi del contesto economico e giuridico ai fini della qualificazione dell'accordo come restrizione per oggetto**, nella misura in cui possono rimettere in discussione la valutazione globale in merito al grado sufficientemente dannoso dall'accordo riguardo alla concorrenza (LDO, § 28; cfr. Corte di giustizia, C-307/18, *Generics UK*, punti 103-107)

⁵⁹ LDO, § 30.

È infatti meno probabile che gli accordi di cooperazione sollevino preoccupazioni concorrenziali quando le parti hanno una ridotta quota di mercato aggregata. Al riguardo, come vedremo, per alcune tipologie di accordi di cooperazione, le LDO stabiliscono *safe-harbour* basati sul mancato superamento di determinate soglie di quota di mercato aggregata (es. 20% per gli accordi di produzione, 15% per gli accordi di acquisto e di commercializzazione). Più in generale, in base alla **Comunicazione de minimis**, gli accordi di cooperazione non rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 101(1), in quanto si presume che non comportino restrizioni sensibili della concorrenza, se la **quota di mercato aggregata delle parti dell'accordo non supera il 10%** su nessuno dei mercati rilevanti⁶⁰, salvo il caso in cui siano configurabili restrizioni per oggetto⁶¹.

Al di fuori dei *safe-harbour*, le LDO indicano che generalmente gli accordi di cooperazione non comportano effetti restrittivi quando le parti dell'accordo **non sarebbero in grado di entrare nel mercato o realizzare il progetto o l'attività oggetto della cooperazione in modo indipendente**, ad esempio in ragione delle loro limitate capacità tecniche⁶².

Le nuove LDO includono anche una sezione sul trattamento delle c.d. **restrizioni accessorie** nella quale, in linea con la relativa giurisprudenza⁶³, viene ricordato che le restrizioni imposte alle imprese partecipanti ad una forma di cooperazione che non rientra nel campo di applicazione dell'articolo 101(1), sono a loro volta escluse dal divieto a condizione che siano **obiettivamente necessarie** per l'attuazione della cooperazione e **proporzionate** ai suoi obiettivi⁶⁴.

⁶⁰ Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (comunicazione 'de minimis'), punto 8; LDO, §§ 39-42. **L'articolo 101(1) non si applica, inoltre, agli accordi di cooperazione che non sono suscettibili di pregiudicare in modo significativo gli scambi tra Stati membri.** Secondo le Linee direttive della Commissione sul pregiudizio al commercio, si presume che gli accordi di cooperazione orizzontale non siano idonei a pregiudicare in maniera significativa il commercio tra Stati membri se: a) la **quota di mercato aggregata delle parti sui mercati rilevanti non supera il 5%**; b) il **fatturato aggregato** annuo realizzato nell'UE dalle imprese interessate con i prodotti interessati dall'accordo **non è superiore a 40 milioni di euro** (punto 52).

⁶¹ La presunzione non opera in presenza di restrizioni per oggetto alle quali l'articolo 101(1) si applica indipendentemente dalle quote di mercato delle parti (cfr. Corte di Giustizia, C-226/11, *Expedia*, punto 37).

⁶² LDO, § 33.

⁶³ cfr. Corte di Giustizia, C-382/12 P, *MasterCard/Commissione*, punto 89; C-42/84, *Remia*, punti 19-20; C-161/84, *Pronuptia*, punti 15-17; C-250/92, *Göttrup-Klim*, punto 35.

⁶⁴ LDO, § 34. Affinché una restrizione possa considerarsi obiettivamente necessaria, e quindi accessoria, occorre che la cooperazione risulti impossibile da realizzare in assenza della restrizione in questione, non semplicemente più difficile o meno redditizia.

(ii) L'accordo può beneficiare dell'esenzione ai sensi dell'art. 101(3)?

Un accordo restrittivo della concorrenza ai sensi dell'articolo 101(1) può, tuttavia, beneficiare dell'esenzione di cui all'articolo 101(3) se sono soddisfatte le seguenti **quattro condizioni cumulative**: a) **l'accordo deve determinare incrementi di efficienza**, contribuendo a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico; b) le **restrizioni devono essere indispensabili** per conseguire tali incrementi di efficienza; c) **i consumatori devono ricevere una congrua parte dei benefici** derivanti dall'accordo; d) **l'accordo non deve consentire alle parti di eliminare la concorrenza** per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi⁶⁵.

Quattro condizioni cumulative

Poiché **l'onere della prova grava sulle imprese che invocano il beneficio dell'esenzione**, spetta alle parti dimostrare che l'accordo è idoneo a produrre efficienze pro-concorrenziali, tali da controbilanciare gli effetti negativi sulla concorrenza⁶⁶. Come sottolineato nelle LDO, l'analisi degli incrementi di efficienza generati dall'accordo consiste, in larga misura, nell'**individuare le competenze e le risorse complementari** (es. capitale, tecnologia, reti logistiche o distributive ecc.) che ciascuna delle parti apporta nella cooperazione e nel valutare se gli incrementi di efficienza che ne derivano siano tali da soddisfare le quattro condizioni dell'articolo 101(3)⁶⁷.

Onere della prova

I principi e gli orientamenti generali sopra illustrati, contenuti nel capitolo introduttivo delle LDO, valgono per tutte le categorie di accordi di cooperazione orizzontale. Nei capitoli successivi, le LDO forniscono indicazioni specifiche con riferimento alle forme di cooperazione orizzontale più comuni, che integrano gli orientamenti generali. Per ciascuna tipologia di accordo di cooperazione, le LDO seguono lo stesso schema: (i) l'individuazione delle principali preoccupazioni concorrenziali, (ii) la valutazione ai sensi dell'articolo 101(1), con indicazioni sulle possibili restrizioni della concorrenza per oggetto e per effetto, (iii) l'analisi ai sensi dell'articolo 101(3) e (iv) l'illustrazione di alcuni esempi pratici. I capitoli delle LDO dedicati agli accordi di ricerca e sviluppo e agli accordi di specializzazione contengono anche indicazioni in merito all'interpretazione e all'applicazione dei relativi regolamenti di esenzione per categoria.

⁶⁵ LDO, § 36.

⁶⁶ LDO, § 35.

⁶⁷ LDO, §§ 37-38.

3. ACCORDI DI RICERCA E SVILUPPO

La R&S e l'innovazione, come di recente ribadito nel Rapporto Draghi, sono al centro delle priorità strategiche dell'UE e cruciali per la competitività europea. In questo ambito è lo stesso trattato⁶⁸ che esorta l'Unione a incoraggiare e sostenere la cooperazione fra le imprese nelle attività di R&S, che può contribuire al conseguimento degli obiettivi sia della trasformazione digitale che del Green Deal europeo (si pensi, ad esempio, alla R&S diretta allo sviluppo di tecnologie pulite).

Come vedremo a breve più in dettaglio, la cooperazione in materia di R&S può avere diversa portata e assumere le caratteristiche più varie: dalla mera collaborazione nell'ambito di gruppi di lavoro a modalità più strutturate, quali accordi di cooperazione o *joint ventures*, da accordi in cui una parte finanzia le attività di R&S svolte dall'altra parte ad accordi in cui le parti gestiscono l'attività di R&S in comune, da accordi limitati alle attività di R&S ad accordi in cui l'ambito della cooperazione si estende anche allo sfruttamento in comune dei risultati di tale attività, da accordi che riguardano il miglioramento di prodotti o tecnologie esistenti ad accordi diretti a sviluppare prodotti o tecnologie che creerebbero una domanda completamente nuova.

Nella maggior parte dei casi, anche quando sia realizzata tra imprese concorrenti, la cooperazione in ambito di R&S stimola il progresso tecnologico, consentendo alle imprese di integrare esperienze, capacità e know-how, evitare duplicazioni di costi, effettuare investimenti e intraprendere iniziative di ricerca di più ampio respiro o maggiormente rischiose che le imprese da sole, soprattutto se di piccola o media dimensione, non potrebbero realizzare. Anche i consumatori ne sono avvantaggiati, potendo beneficiare di prodotti o tecnologie nuovi o migliorati, di una loro più rapida immissione sul mercato o di una riduzione dei prezzi indotta da tali nuovi (o migliori) prodotti o tecnologie.

Non a caso gli accordi di R&S, a certe condizioni, possono beneficiare dell'esenzione per categoria prevista dal regolamento (UE) 2023/1066 (BER R&S)⁶⁹ e, anche fuori dall'ambito

⁶⁸ cfr. Articolo 179(2) TFUE.

⁶⁹ Come già ricordato, il nuovo BER R&S, che ha sostituito la precedente versione del 2010, è entrato in vigore il 1° luglio 2023 e si applicherà per 12 anni, fino al 30 luglio 2035. Il 30 giugno 2025 si è concluso il periodo transitorio di due anni, durante il quale l'esenzione per categoria ha continuato ad applicarsi agli accordi che, pur non soddisfacendo i requisiti del nuovo BER R&S, soddisfacevano le condizioni del precedente regolamento n. 1217/2010. Sintetizzando le **principali modifiche introdotte nel BER R&S con la revisione del 2023**, ricordiamo che: (i) sono state **chiarite e aggiornate alcune definizioni** (ad esempio, quella di concorrente potenziale); (ii) per garantire una maggiore certezza giuridica sono state **semplificate le disposizioni relative al grace period** (i.e. periodo in cui l'esenzione per categoria continua ad applicarsi

di applicazione del BER R&S, sono in genere valutati favorevolmente dalle autorità di concorrenza, soprattutto, come vedremo, quando le parti contribuiscono alla cooperazione con competenze o assets complementari, la cooperazione riguarda gli stadi iniziali dell'attività di R&S e non si estende allo sfruttamento dei suoi risultati, le parti non sono concorrenti diretti o non sarebbero in grado di svolgere autonomamente l'attività di R&S.

Le imprese che intendano concludere un accordo di R&S dovrebbero, dunque, innanzitutto, verificare se l'accordo possa beneficiare dell'esenzione per categoria. Gli accordi che soddisfano le condizioni previste dal BER R&S sono, infatti, compatibili, con l'articolo 101 e non è necessaria alcuna ulteriore valutazione. Nel caso in cui l'accordo non soddisfi le condizioni del BER R&S, occorrerà invece effettuare, alla luce dei principi e degli orientamenti forniti dalle LDO⁷⁰, una valutazione individuale ai sensi dell'articolo 101 TFUE.

3.1. Applicazione del BER R&S

Possono beneficiare dell'esenzione per categoria gli 'accordi di ricerca e sviluppo' come definiti dall'articolo 1, paragrafo 1, del R&S BER, ossia **accordi conclusi tra due o più**

Accordi di
R&S

nonostante le quote di mercato delle parti abbiano superato la soglia per l'esenzione) (iii) è stato introdotto un **nuovo metodo per il calcolo delle quote di mercato nei casi in cui l'anno civile precedente non sia rappresentativo**; (iv) sono state incluse **nuove previsioni relative al potere della Commissione e delle autorità di concorrenza nazionali di revocare il beneficio dell'esenzione per categoria in casi individuali** (al quale in precedenza si faceva riferimento solo nei considerando del regolamento). Altre modifiche (non solo al BER R&S, ma anche alle LDO) hanno avuto l'obiettivo di riconoscere un **maggior rilievo alla concorrenza sul piano dell'innovazione**. In particolare, gli accordi che incidono sulla concorrenza in innovazione (i.e. accordi relativi a prodotti/tecnicologie che possono creare nuovi mercati o accordi relativi a sforzi iniziali di innovazione non ancora riconducibili a specifici prodotti/tecnicologie) sono considerati come accordi tra non concorrenti, ed esentati ai sensi del BER R&S, indipendentemente dalle quote di mercato delle parti, salvo la possibilità di revoca del beneficio dell'esenzione in casi in cui l'accordo eliminerebbe in maniera sostanziale la concorrenza a livello di innovazione.

⁷⁰ Agli accordi di R&S è dedicato il **capitolo 2 delle LDO** (§§ 51-171). Per facilitare l'applicazione del BER R&S, le nuove LDO contengono anche una sezione *ad hoc* (sez. 2.2.) volta a spiegare in maniera dettagliata come interpretare e applicare le condizioni dell'esenzione per categoria.

parti che riguardano le **condizioni per lo svolgimento di attività di ricerca e sviluppo**⁷¹ relative a **prodotti, processi o tecnologie**⁷².

Per l'applicazione del R&S BER (in particolare ai fini del calcolo delle quote di mercato) assume rilievo la distinzione tra **attività di R&S comuni** e attività di R&S **a pagamento**.

Nel primo caso, le attività di ricerca e sviluppo sono svolte dalle parti attraverso un'impresa comune, oppure affidate congiuntamente ad un terzo o, ancora, ripartite tra le parti nella maniera ritenuta più opportuna (c.d. specializzazione relativa alle attività di ricerca e sviluppo)⁷³; nel secondo caso, le attività di ricerca e sviluppo vengono effettuate da almeno una parte mentre almeno un'altra parte (i.e. la parte finanziatrice) si limita a finanziare tali attività, senza svolgerle direttamente⁷⁴.

L'accordo tra le parti può essere limitato all'attività di R&S oppure estendersi alla fase di applicazione industriale e sfruttamento dei risultati di tale attività (i.e. **produzione e distribuzione dei prodotti o applicazione delle tecnologie, comunicazione del know-how** a tal fine necessario, **concessione in licenza di diritti di proprietà intellettuale**). Lo sfruttamento comune dei risultati può anche essere oggetto di un accordo distinto, successivo all'originario accordo di R&S e stipulato fra le stesse parti⁷⁵. Gli accordi che prevedono lo sfruttamento congiunto dei risultati delle attività di R&S devono soddisfare condizioni specifiche per poter beneficiare dell'esenzione per categoria e, quando sono valutati individualmente, sono soggetti ad una valutazione più approfondita.

⁷¹ Per **ricerca e sviluppo** si intendono 'le attività volte all'acquisizione di know-how relativo a prodotti, tecnologie o procedimenti esistenti, la realizzazione di analisi teoriche, di studi sistematici o di sperimentazioni, incluse la produzione sperimentale e la produzione di modelli dimostrativi, le verifiche tecniche di prodotti procedimenti, la realizzazione degli impianti necessari fino al livello dei modelli dimostrativi e l'ottenimento dei diritti di proprietà intellettuale per i risultati' (BER R&S, art. 1, punto 3).

⁷² Si tratta delle **tecnologie** o dei procedimenti **risultanti dalle attività di ricerca e sviluppo** e dei **prodotti (i.e. beni o servizi intermedi o finali) risultanti dalle attività di ricerca e sviluppo o fabbricati grazie all'applicazione delle tecnologie contrattuali** (cfr. BER R&S, art. 1, punti 4-6).

⁷³ BER R&S, art. 1, punti 10-11; LDO, § 62.

⁷⁴ BER R&S, art. 1, punti 13-14; LDO, § 63.

⁷⁵ BER R&S, art. 1, punto 1, lettere c) e d). Come per le attività di ricerca e sviluppo, lo sfruttamento dei risultati può essere effettuato congiuntamente dalle parti mediante gruppi, organizzazioni, imprese comuni o essere affidato congiuntamente ad un terzo, o ancora le parti possono ripartire tra di loro le attività di sfruttamento (c.d. specializzazione relativa alle attività di sfruttamento), dividendosi singoli compiti, quali la produzione o la distribuzione dei prodotti (anche sulla base di una licenza esclusiva concessa ad una sola parte da tutte le altre) o concordando limitazioni reciproche alla facoltà di sfruttare i risultati delle attività di R&S in determinati territori, settori di utilizzo o nei confronti di determinati clienti (cfr. BER R&S, art. 1, punto 12; LDO, § 69).

Il R&S BER può infine trovare applicazione anche nel caso in cui l'accordo di ricerca e sviluppo contenga disposizioni relative alla cessione o alla concessione in licenza di diritti di proprietà intellettuale ad una o più parti, purché tali disposizioni siano **direttamente collegate e necessarie per l'esecuzione di tale accordo**, senza costituirne l'oggetto principale⁷⁶.

3.1.1. Le condizioni di esenzione

Il BER R&S crea un **safe-harbour** per gli accordi di R&S, stabilendo il principio secondo cui tali accordi non ricadono nel divieto di intese restrittive della concorrenza di cui all'articolo 101(1), a condizione che: (i) la quota di mercato detenuta congiuntamente dalle parti sui mercati rilevanti del prodotto e della tecnologia non superi una determinata soglia; (ii) l'accordo non contenga alcuna delle restrizioni fondamentali (o *hardcore*) elencate all'articolo 8 del BER R&S; (iii) siano soddisfatte ulteriori specifiche condizioni stabilite dallo stesso regolamento.

(i) Soglie relative alle quote di mercato e durata dell'esenzione

L'esenzione prevista dal BER R&S si basa sul presupposto che, al di sotto di un certo potere di mercato delle parti, gli effetti positivi degli accordi di R&S sono in genere superiori ai loro effetti negativi per la concorrenza⁷⁷. Ai fini del calcolo delle quote di mercato delle parti (e dell'applicazione delle soglie), assume rilievo la circostanza che: i) le parti dell'accordo siano o meno concorrenti; ii) si tratti di accordi di R&S a pagamento; iii) l'accordo riguardi anche lo sfruttamento congiunto dei risultati delle attività di R&S.

Se le parti dell'accordo di R&S non sono imprese concorrenti, l'accordo **beneficia dell'esenzione** per categoria **per l'intera durata delle attività di R&S, a prescindere dalla quota di mercato delle parti**⁷⁸. Sono, in particolare, considerati accordi tra non concorrenti gli accordi di R&S che riguardano: (i) lo sviluppo di prodotti o tecnologie che non si limiteranno a migliorare o sostituire prodotti o tecnologie esistenti⁷⁹, ma

Accordi di
R&S tra
imprese non
concorrenti

⁷⁶ BER R&S, art. 2, par. 3. Viceversa, nel caso in cui la concessione in licenza dei DPI sia l'oggetto principale dell'accordo oppure si tratti di accordi con cui le parti disciplinano anche la concessione in licenza a terzi dei risultati delle attività di ricerca e sviluppo, potrà trovare applicazione il regolamento di esenzione per categoria relativo agli accordi di trasferimento di tecnologia se sono soddisfatte le condizioni stabilite in tale regolamento (cfr. LDO §§. 71-72).

⁷⁷ BER R&S, considerando 8; LDO, § 86.

⁷⁸ BER R&S, considerando 16 e art. 6, par. 2; LDO, §§ 97-99.

⁷⁹ Per prodotti o tecnologie che migliorano un prodotto o una tecnologia o che sono intercambiabili con essi si intendono prodotti o tecnologie che sostituiscono i prodotti o le tecnologie esistenti e che appartengono al medesimo mercato rilevante; per prodotti o tecnologie che sostituiscono un prodotto

creeranno un nuovo mercato che soddisfa una **domanda completamente nuova** (es. un vaccino contro un virus per il quale in precedenza non esisteva alcun vaccino), oppure (ii) **sforzi iniziali di innovazione** che, al momento della conclusione dell'accordo, non sono ancora strettamente connessi ad un prodotto specifico o ad una tecnologia specifica⁸⁰.

Qualora le **parti siano imprese concorrenti** effettivi o potenziali⁸¹, l'esenzione si applica a condizione che la **quota di mercato detenuta congiuntamente** dalle parti dell'accordo **non superi il 25%** sui mercati rilevanti dei prodotti e delle tecnologie al momento della conclusione dell'accordo⁸². Per gli **accordi che riguardano attività di R&S a pagamento**, nel calcolo della quota di mercato congiunta occorre tener conto della quota di mercato della parte finanziatrice e **anche delle quote di mercato di tutte le imprese con cui la parte finanziatrice abbia eventualmente concluso accordi di R&S** per gli stessi prodotti contrattuali o le stesse tecnologie⁸³.

L'esenzione ha una durata diversa a seconda che l'accordo riguardi o meno anche lo sfruttamento dei risultati dell'attività di R&S. Nel caso in cui i risultati non sono sfruttati congiuntamente, l'esenzione si applica per la durata delle attività di ricerca e sviluppo (i.e. dell'accordo di R&S). Se, invece, i **risultati dell'attività di R&S sono sfruttati congiuntamente**, l'accordo **continua a beneficiare dell'esenzione per sette anni** dal momento in cui i prodotti o le tecnologie contrattuali vengono immessi per la prima volta sul mercato interno; l'esenzione continua ad applicarsi anche successivamente finché la quota di mercato combinata delle parti non superi il 25% sui mercati rilevanti per tali prodotti o tecnologie⁸⁴.

⁸⁰ rimpiazzandolo si intendono prodotti o tecnologie che soddisfano la stessa domanda di prodotti o tecnologie esistenti ma che non appartengono allo stesso mercato rilevante, come ad esempio nel caso dei compact disc che hanno sostituito i dischi in vinile (cfr. LDO, § 89).

⁸¹ Tuttavia, il beneficio dell'esenzione può essere revocato dalla Commissione, qualora in un caso specifico l'accordo di R&S limiti in maniera sostanziale la concorrenza a livello di innovazione, cfr. *infra*, paragrafo 3.1.4.

⁸² Per **concorrenti potenziali** si intendono **le imprese che**, secondo quanto può presumersi in base a considerazioni realistiche e non a una semplice possibilità teorica, **sarebbero disposte, in assenza dell'accordo di R&S, ad effettuare entro un termine non superiore a tre anni gli investimenti supplementari necessari, o a sostenere le spese necessarie, per fornire prodotti, tecnologie o procedimenti migliorabili, intercambiabili o sostituibili, nel mercato geografico rilevante, con i prodotti o le tecnologie contrattuali** (cfr. BER R&S, art. 1, punto 15).

⁸³ BER R&S, art. 6, par. 1, lett. a); LDO, § 91(a).

⁸⁴ BER R&S, considerando 15 e art. 6, par. 1, lett. b); LDO, § 91(b).

⁸⁴ BER R&S, art. 6, parr. 3-4; LDO, §§ 100-104.

Semplificando le precedenti disposizioni sul *grace period*, il nuovo BER R&S stabilisce, inoltre, che, una volta **superata la soglia del 25%, l'esenzione continua ad applicarsi per i due anni successivi**⁸⁵.

Per il calcolo delle quote di mercato occorre far riferimento al mercato dei prodotti o delle tecnologie esistenti, che saranno migliorati, sostituiti o rimpiazzati dai prodotti o dalle tecnologie contrattuali. Le quote di mercato delle parti andranno, cioè, calcolate sulla base dei dati relativi al **valore** o al **volume delle vendite** di tali prodotti/tecnologie esistenti o, se questi dati non sono disponibili, utilizzando altre informazioni di mercato affidabili, come le **spese per le attività di R&S** o le **capacità di ricerca e sviluppo**⁸⁶. Inoltre, generalmente, le quote di mercato devono essere calcolate sulla base dei dati relativi all'anno civile precedente. Nel nuovo BER R&S, tuttavia, per agevolare il calcolo delle quote, è previsto che, **nei casi in cui l'anno civile precedente non sia rappresentativo** della posizione delle parti sui mercati rilevanti, la quota di mercato può essere calcolata come **media delle quote di mercato** detenute dalle parti **nei tre anni civili precedenti**⁸⁷.

Calcolo delle quote di mercato

(ii) Restrizioni hardcore e restrizioni escluse

L'esenzione per categoria non si applica agli accordi di R&S che contengono una o più delle restrizioni *hardcore* elencate nell'articolo 8 del regolamento, la cui inclusione comporta la **perdita del beneficio dell'esenzione per l'intero accordo**. Sono in particolare vietate:

Restrizioni hardcore

- **le restrizioni alla libertà delle parti di svolgere attività di R&S indipendenti**
 - (i) in un settore non connesso a quello di pertinenza dell'accordo di R&S; oppure

⁸⁵ BER R&S, art. 6, par. 5. Il regolamento di esenzione del 2010 conteneva una regola più complessa in relazione al *grace period* successivo al superamento della quota di mercato soglia: il beneficio dell'esenzione continuava ad applicarsi per i due anni successivi nel caso in cui la quota di mercato delle parti avesse superato il 25%, restando tuttavia inferiore al 30%; l'esenzione continuava, invece, ad applicarsi per un solo anno successivo nel caso in cui la quota di mercato avesse superato il 30%.

⁸⁶ Nel caso dei **mercati delle tecnologie**, per il **calcolo della quota di mercato del licenziante** si fa riferimento alla sua 'impronta' sul mercato a valle del prodotto (i.e. alle **vendite dei prodotti che incorporano la tecnologia oggetto della licenza**). Tale metodologia è utilizzata a causa della difficoltà di ottenere dati affidabili sui redditi derivanti dalle royalties (cfr. LDO, § 95).

⁸⁷ BER R&S, art. 7, parr. 2-3; LDO, §§ 92-96. Secondo le LDO, la necessità di tener conto di un orizzonte temporale più ampio per il calcolo delle quote di mercato potrebbe riguardare, ad esempio, i **mercati regolati da appalti** (in cui le quote di mercato variano notevolmente da un anno all'altro, a seconda che le imprese vincano o meno le procedure di gara), i **mercati caratterizzati da ordini di grande entità e concentrati** o i casi in cui si verifichi uno **shock a livello dell'offerta o della domanda** nell'anno civile antecedente l'accordo di cooperazione (cfr. LDO, § 95).

Restrizioni escluse

- (ii) nello stesso settore di pertinenza dell'accordo o in un settore correlato, dopo il completamento delle attività di R&S comuni⁸⁸;
- **le limitazioni della produzione o delle vendite**⁸⁹, salva la possibilità di fissare **obiettivi di produzione o di vendita**, quando lo sfruttamento comune dei risultati include la produzione o la distribuzione (o concessione in licenza) comune dei prodotti/tecniche contrattuali, e di imporre alcuni **obblighi di non concorrenza**⁹⁰;
- **la fissazione dei prezzi** per la vendita (o concessione in licenza) a terzi dei prodotti (o tecniche) contrattuali, ad eccezione dei prezzi applicati ai clienti diretti se l'accordo di R&S comprende la distribuzione comune⁹¹;
- **le restrizioni delle vendite attive o passive** dei prodotti o delle tecniche contrattuali a determinati clienti o in determinati territori, fatta eccezione per la possibilità di imporre l'obbligo di concedere in licenza esclusiva i risultati delle attività di R&S ad un'altra parte e per la distribuzione esclusiva⁹²;
- **altre forme di restrizioni territoriali e della clientela**⁹³.

Ai sensi dell'articolo 9 del regolamento, l'esenzione non si applica, inoltre, ai seguenti obblighi che possono essere previsti negli accordi di R&S:

- **l'obbligo di non contestare** (i) dopo il completamento delle attività di R&S, la **validità dei diritti di proprietà intellettuale** detenuti dalle parti che sono necessari per svolgere le attività di R&S; (ii) dopo la scadenza dell'accordo di R&S, la validità dei diritti di proprietà intellettuale che proteggono i risultati delle attività di R&S, fatta salva, in entrambi i casi, la possibilità di prevedere la risoluzione dell'accordo in caso di contestazione;

⁸⁸ BER R&S, art. 8, lett. a); LDO, § 107.

⁸⁹ BER R&S, art. 8, lett. b); LDO, § 108.

⁹⁰ L'accordo può, cioè, prevedere limitazioni alla libertà delle parti di produrre, vendere o concedere in licenza prodotti o tecniche che sono in concorrenza con i prodotti o le tecniche contrattuali nel periodo durante il quale i risultati devono essere sfruttati in comune. **Un'ulteriore eccezione** riguarda le **prassi configuranti specializzazioni nel quadro delle attività di sfruttamento**, come ad esempio la possibilità di imporre **limitazioni allo sfruttamento dei risultati delle attività di R&S rispetto a determinati territori, clienti o ambiti di utilizzo**.

⁹¹ BER R&S, art. 8, lett. c); LDO, §§ 109-110.

⁹² BER R&S, art. 8, lett. d-e); LDO, §§ 111-113.

⁹³ In particolare, costituiscono restrizioni fondamentali: (i) il divieto di soddisfare la domanda di clienti situati nei rispettivi territori delle parti se tali clienti intendono commercializzare i prodotti contrattuali in altri territori del mercato interno; (ii) l'obbligo imposto a una parte di limitare la facoltà degli utilizzatori o rivenditori di ottenere i prodotti contrattuali da altri rivenditori del mercato interno (BER R&S, art. 8, lett. f-g); LDO, §§ 114-115).

- **l'obbligo di non concedere a terzi licenze** per la produzione dei prodotti contrattuali o per l'applicazione delle tecnologie contrattuali, a meno che l'accordo non preveda lo sfruttamento ad opera di una o più delle parti dei risultati delle attività (comuni o a pagamento) di R&S e tale sfruttamento si realizzi nel mercato interno nei confronti di terzi⁹⁴.

Diversamente dalle restrizioni *hardcore*, la previsione di tali restrizioni (denominate 'restrizioni escluse') **non comporta la perdita del beneficio dell'esenzione per l'intero accordo di R&S**, a condizione che le stesse siano separabili dal resto dell'accordo e che risultino soddisfatte le altre condizioni di esenzione. In tal caso, le restrizioni escluse dovranno essere **valutate individualmente** ai sensi dell'articolo 101.

(iii) Condizioni di esenzione specifiche

Per poter beneficiare dell'esenzione, l'accordo di R&S deve soddisfare specifiche condizioni riguardanti, in particolare, l'accesso ai risultati finali delle attività di R&S, l'accesso al know-how preesistente e lo sfruttamento comune dei risultati dell'attività di R&S.

In primo luogo, **tutte le parti dell'accordo devono avere pieno accesso ai risultati finali** delle attività di R&S comuni o a pagamento (compresi tutti i DPI e il know-how che ne derivano), non appena siano disponibili, sia al fine di **sfruttare tali risultati** che per **svolgere ulteriori attività di R&S**⁹⁵. In via di eccezione, le parti possono, tuttavia, concordare limitazioni dei loro diritti di sfruttamento (es. con riferimento a territori, clienti o settori di utilizzo), in particolare quando decidono di specializzarsi nel quadro delle attività di sfruttamento oppure se l'accordo di R&S è concluso con istituti di ricerca, organismi accademici o imprese che forniscono servizi di R&S, senza essere normalmente attivi nello sfruttamento dei risultati⁹⁶. In tali casi l'accordo potrà beneficiare dell'esenzione nonostante le limitazioni dell'accesso ai risultati previste di conseguenza.

Accesso ai risultati finali delle attività di R&S

Un'ulteriore condizione si applica nei casi in cui l'accordo di R&S **non include lo sfruttamento comune dei risultati**. In tal caso, per beneficiare dell'esenzione, l'accordo deve prevedere che **ciascuna delle parti abbia accesso all'eventuale know-how**

Accesso al know-how preesistente

⁹⁴ BER R&S, art. 9, lett.a-b); LDO, §§ 116-120.

⁹⁵ BER R&S, considerando 11 e art. 3, parr. 2-3; LDO, §§ 74-78. È precisato che **la remunerazione reciproca delle parti per l'accesso ai risultati**, eventualmente prevista dall'accordo di R&S per tener conto del diverso contributo di ciascuna di esse alla cooperazione in materia di ricerca e sviluppo, **non deve essere così elevata da impedire di fatto l'accesso** (cfr. BER R&S, art. 3, par. 4; LDO, § 78).

⁹⁶ BER R&S, art. 3, parr. 5-6; LDO, §§ 77-78.

**Sfruttamento
in comune dei
risultati delle
attività di R&S****Revoca
dell'esenzione
per categoria**

preesistente delle altre parti, se tale know-how è **indispensabile** ai fini dello sfruttamento dei risultati delle attività di R&S. L'eventuale remunerazione reciproca delle parti per la concessione dell'accesso non deve essere così elevata da impedire di fatto l'accesso⁹⁷.

Infine, il regolamento stabilisce condizioni specifiche affinché lo sfruttamento in comune dei risultati dell'attività di R&S possa essere coperto dall'esenzione. In particolare:

- lo sfruttamento comune deve essere **limitato ai risultati delle attività di R&S**, che: (i) sono **indispensabili** per la produzione dei prodotti contrattuali o per l'applicazione delle tecnologie contrattuali, e (ii) sono **protetti da DPI** o costituiscono **know-how**⁹⁸.
- qualora le parti si specializzino nel quadro delle attività di sfruttamento, le **parti incaricate della produzione** dei prodotti contrattuali devono essere tenute a **soddisfare gli ordini di fornitura** di tali prodotti delle altre parti⁹⁹.

3.1.2. Revoca del beneficio dell'esenzione

Come ora espressamente ricordato nel BER R&S¹⁰⁰, l'articolo 29 (paragrafi 1 e 2) del regolamento (CE) n. 1/2003 riconosce alla **Commissione** e alle **autorità di concorrenza nazionali** il **potere di revocare (con effetti ex nunc)** il **beneficio dell'esenzione in singoli casi**, qualora constatino che un determinato accordo di R&S coperto dal regolamento di esenzione per categoria ha comunque effetti incompatibili con l'articolo 101(3) TFUE. Il BER R&S contiene un elenco non esaustivo delle situazioni in cui la Commissione potrebbe esercitare tale potere, fra le quali assume particolare rilievo la prevista possibilità di revocare il beneficio dell'esenzione **quando l'esistenza dell'accordo di R&S limiterebbe in maniera sostanziale la concorrenza a livello di innovazione in un determinato settore** (ad esempio, nei casi in cui i prodotti o le tecnologie contrattuali creino una domanda completamente nuova e quando al

⁹⁷ BER R&S, considerando 13 e art. 4; LDO, §§ 79-82.

⁹⁸ BER R&S, considerando 10 e art. 5; LDO, §§ 83-85.

⁹⁹ BER R&S, art. 5, par. 2. Fanno **eccezione**, tuttavia, i casi in cui: (i) **le parti abbiano attribuito alla parte a cui è affidata la produzione un'esclusiva per la distribuzione** dei prodotti contrattuali; (ii) le parti abbiano **convenuto di affidare congiuntamente la distribuzione a terzi o distribuire i prodotti mediante gruppi, organizzazioni o imprese comuni**.

¹⁰⁰ BER R&S, artt. 10 e 11; LDO, §§ 122-125.

momento della conclusione dell'accordo vi sia un numero esiguo di progetti di R&S indipendenti comparabili nello stesso settore)¹⁰¹.

3.2. Valutazione individuale ai sensi dell'articolo 101(1)

Quando un accordo di R&S non è coperto dal BER R&S (i.e. la quota di mercato congiunta delle parti supera la soglia del 25% e/o non sono soddisfatte le altre condizioni dell'esenzione per categoria), non vuol dire che sia incompatibile con le regole di concorrenza, ma è necessaria una **valutazione individuale approfondita** del suo impatto sulla concorrenza. Come già ricordato, tale valutazione consiste nello stabilire, in primo luogo, se l'accordo restringe la concorrenza ai sensi dell'articolo 101(1) e, successivamente, qualora l'accordo rientri nell'ambito di applicazione del divieto, se l'accordo soddisfa le condizioni per l'esenzione di cui all'articolo 101(3).

Un esercizio preliminare ai fini della valutazione è identificare i mercati rilevanti (i.e. sui quali l'accordo produce i suoi effetti), ossia, nel caso degli accordi di R&S, i **mercati del prodotto** e, quando i diritti di proprietà intellettuale sono commercializzati separatamente dai prodotti ai quali si riferiscono, anche i **mercati delle tecnologie**¹⁰².

Mercati rilevanti

Al riguardo, le LDO riconoscono che gli accordi di R&S possono avere un impatto non solo sulla concorrenza in mercati (di prodotti o tecnologie) esistenti, ma anche sulla concorrenza in relazione all'innovazione.

In particolare, se la cooperazione tra le parti in materia di R&S si riferisce allo **sviluppo di prodotti o tecnologie che miglioreranno i prodotti o le tecnologie già esistenti** in un dato mercato, **saranno intercambiabili con essi o li sostituiranno**, rimpiazzandoli, i mercati rilevanti sono i mercati di tali prodotti o tecnologie esistenti¹⁰³.

Mercati di prodotti o tecnologie esistenti

Quando, invece, le attività di R&S delle parti sono dirette a **sviluppare prodotti o tecnologie completamente nuovi che creano una domanda nuova**, non essendoci un mercato già esistente, occorre identificare i confini entro i quali le imprese competono

Innovation markets

¹⁰¹ BER R&S, art. 10, lett. e); LDO, §§ 123. La Commissione **può inoltre revocare il beneficio** dell'esenzione se: l'esistenza di **un accordo di R&S limita in misura sostanziale la possibilità per i terzi di svolgere attività di R&S nel settore o nei settori connessi** ai prodotti o alle tecnologie contrattuali, oppure **l'accesso dei terzi al mercato rilevante** dei prodotti o delle tecnologie contrattuali; **le parti non sfruttano i risultati delle attività di R&S nei confronti di terzi** senza ragioni obiettivamente valide; **i prodotti/tecnicologie contrattuali non sono soggetti ad una concorrenza effettiva** nel mercato interno (o in una sua parte sostanziale) (cfr. BER R&S, art. 10, lett. a-d)

¹⁰² Il mercato rilevante delle tecnologie è costituito dalla tecnologia venduta o concessa in licenza e dalle tecnologie considerate sostituibili dai licenziatari (cfr. Linee direttive sugli accordi di trasferimento di tecnologia, § 22).

¹⁰³ LDO, §§ 129-132.

Sforzi iniziali di innovazione

negli sforzi di innovazione, i.e. in termini di risorse e capacità di individuare e sviluppare nuovi prodotti (**concorrenza sul piano dell'innovazione**). Analogamente il caso in cui la cooperazione tra le imprese riguardi c.d. '**sforzi iniziali di innovazione**', ossia le fasi iniziali dell'attività di R&S in cui i risultati della ricerca non sono ancora cristallizzati in un prodotto specifico o in una specifica tecnologia, ma possono servire a molteplici finalità e, a lungo termine, confluire in vari prodotti o tecnologie. Come indicato nelle LDO, in questi casi, per valutare la posizione concorrenziale delle parti, può essere necessario far riferimento a fattori quali la natura e la portata degli sforzi di innovazione, gli obiettivi delle varie linee di ricerca o la specializzazione dei diversi gruppi coinvolti, e utilizzare parametri specifici (ad es. il livello di spesa per la R&S o il numero di brevetti o citazioni di brevetti)¹⁰⁴.

Preoccupazioni concorrenziali

I principali rischi per la concorrenza¹⁰⁵ riguardano la possibilità che gli accordi di R&S: (i) **limitino direttamente la concorrenza tra le parti** o facilitino un esito collusivo sul mercato, comportando prezzi più alti, minore scelta per i consumatori o peggiore qualità dei prodotti o delle tecnologie; (ii) **riducano o rallentino l'innovazione**, con conseguente peggioramento della qualità o diminuzione dei prodotti e delle tecnologie che raggiungono il mercato; (iii) **impediscano l'accesso al mercato a terzi** (*foreclosure anticoncorrenziale*)¹⁰⁶.

Accordi di R&S che in genere non restringono la concorrenza

Le LDO individuano alcuni scenari che di regola non sollevano preoccupazioni concorrenziali. Innanzitutto, in **assenza di potere di mercato**, non restringono in genere la concorrenza gli accordi di R&S conclusi tra **imprese non concorrenti** (*soft-safe harbour*), ad esempio quando le parti mettono in comune **attivi, tecnologie e competenze complementari** e **non sarebbero in grado di svolgere in modo autonomo le attività di R&S** entro un breve periodo di tempo¹⁰⁷. Inoltre, è di regola innocua la **cooperazione relativa alla c.d. ricerca di base**¹⁰⁸, ossia ad uno stadio molto anteriore all'eventuale sfruttamento dei risultati. Anche gli **accordi di R&S che non**

¹⁰⁴ LDO, §§ 133-134. Lo stesso approccio è stato adottato dalla Commissione nella nuova *Notice* sulla definizione del mercato rilevante (C/2024/1645, §§ 91-92)

¹⁰⁵ LDO; §§ 135-137.

¹⁰⁶ Ciò può verificarsi, in particolare, se almeno una delle parti detiene un significativo potere di mercato e l'accordo contiene clausole di esclusiva o di non concorrenza.

¹⁰⁷ LDO, §§ 138-140. Un **esempio** di accordi di questo tipo è dato dall'**outsourcing delle attività di R&S a soggetti non attivi nello sfruttamento dei risultati delle attività di R&S, quali istituti di ricerca, università o imprese specializzate**.

¹⁰⁸ LDO, § 140. La ricerca di base riguarda '*i lavori sperimentali o teorici svolti principalmente al fine di acquisire nuove conoscenze in merito ad aspetti basilari di fenomeni e fatti osservabili*'.

prevedono lo sfruttamento in comune dei risultati ottenuti generalmente non sono problematici, salvo che restringano la concorrenza sul piano dell'innovazione¹⁰⁹.

Restrizioni per oggetto

Come indicato nelle LDO, gli accordi di R&S costituiscono una restrizione della concorrenza per oggetto solo quando la loro finalità non è realmente lo svolgimento in comune di attività di R&S, ma fungere da **strumento per dissimulare un cartello**, ossia per fissare i prezzi, ripartire i mercati, limitare la produzione o lo sviluppo tecnico. Le imprese potrebbero, ad esempio, utilizzare un accordo di R&S per ostacolare o ritardare l'ingresso sul mercato di prodotti o tecnologie o limitare il miglioramento di prodotti o tecnologie sviluppati in comune¹¹⁰.

Effetti restrittivi della concorrenza

Al di là di queste ipotesi patologiche, in tutti gli altri casi occorre valutare se l'accordo di R&S abbia effetti restrittivi della concorrenza, i.e. **incida negativamente su uno o più parametri concorrenziali** che, come precisato, includono non solo il **prezzo** del prodotto, ma anche il suo **livello di innovazione**, la sua **qualità** in senso lato e la sua **disponibilità**, anche in termini di *lead time*, resilienza delle catene di approvvigionamento, affidabilità dell'approvvigionamento e costi di trasporto¹¹¹.

In via generale, un elemento chiave nella valutazione è il **potere di mercato** delle parti; più forte è, infatti, la posizione delle parti, compresa la loro posizione in relazione all'innovazione (i.e. pochi progetti di R&S concorrenti), maggiore è la probabilità che l'accordo di R&S determini effetti restrittivi sulla concorrenza¹¹². Occorre, poi, distinguere a seconda che l'attività di R&S sia volta a migliorare o sostituire prodotti o tecnologie esistenti, oppure riguardi lo sviluppo di prodotti completamente nuovi o sforzi iniziali di innovazione.

Se l'accordo di R&S è diretto a sviluppare **prodotti/tecniche che miglioreranno o saranno intercambiabili con prodotti/tecniche esistenti**, effetti negativi sulla

¹⁰⁹ LDO, § 144.

¹¹⁰ LDO, §§ 141-142. Cfr. decisione della Commissione dell'8 luglio 2021, **caso AT.40178, Car Emissions**, riguardante un cartello tra cinque costruttori di automobili nell'ambito di un'associazione di imprese. Le imprese, che in apparenza cooperavano per sviluppare componenti per un nuovo sistema di depurazione delle emissioni, hanno inoltre deciso, nel contesto della cooperazione, di non migliorare l'efficacia del sistema al di là di quanto previsto dalla legge, limitando in tal modo lo sviluppo tecnico della tecnologia di depurazione delle emissioni.

¹¹¹ LDO, § 143.

¹¹² LDO, §§ 145-146.

concorrenza sono possibili soltanto se le parti hanno una forte posizione sui mercati esistenti, l'ingresso in tali mercati è difficile e i concorrenti non sono in grado (es. perché pochi o privi delle risorse e competenze necessarie) di condizionare il comportamento delle parti. È, inoltre, probabile che siano limitati gli eventuali effetti sulla concorrenza nel mercato di un prodotto finale, se le attività di R&S riguardano fattori produttivi di importanza minore per la realizzazione di quel prodotto¹¹³.

Se l'accordo di R&S è diretto a sviluppare **prodotti/tecnologie che non si limiteranno a migliorare, ma rimpiazzeranno prodotti/tecnologie esistenti**, nel valutarne gli effetti occorre in particolare chiedersi se la cooperazione possa ritardare lo sviluppo dei prodotti/tecnicologie sostitutivi, con un impatto negativo sull'innovazione. Ciò può verificarsi, ad esempio, nell'ipotesi in cui: (i) le parti siano le uniche imprese impegnate nelle attività di R&S dirette a sviluppare prodotti/tecnicologie destinati a rimpiazzare i prodotti e le tecnologie esistenti; oppure (ii) il principale operatore in un mercato esistente cooperi con un concorrente potenziale che sta per emergere sul mercato con un nuovo prodotto o una nuova tecnologia in grado di compromettere la posizione dell'impresa già presente sul mercato¹¹⁴.

Una valutazione più approfondita sarà necessaria quando l'accordo di R&S prevede anche lo sfruttamento comune dei risultati delle attività di R&S (es. la produzione o la distribuzione comuni). Salvo che lo sfruttamento comune si limiti alla concessione di licenze a terzi, le probabilità di effetti restrittivi (in termini di aumento dei prezzi o calo della produzione) sono, infatti, maggiori rispetto all'opposta situazione in cui ciascuna parte sfrutti i risultati delle attività di R&S in maniera indipendente¹¹⁵.

Infine, nel caso di accordi di R&S relativi allo sviluppo di **prodotti/tecnicologie che creerebbero una domanda nuova** oppure relativi a **sforzi iniziali di innovazione**, effetti restrittivi sui prezzi o sulla produzione nei mercati esistenti sono improbabili e la valutazione riguarderà le eventuali restrizioni della concorrenza sul piano dell'innovazione, i.e. l'impatto dell'accordo sulla qualità e la varietà dei potenziali futuri prodotti/tecnicologie, oppure sulla velocità o il livello dell'innovazione. In particolare, secondo le LDO, generalmente non si verificheranno effetti restrittivi se vi è un numero sufficiente di progetti di R&S concorrenti gestiti da terzi. Tuttavia, gli effetti negativi sono più probabili quando l'accordo riguarda un prodotto nuovo o una tecnologia nuova che

¹¹³ LDO, § 147.

¹¹⁴ LDO, § 148.

¹¹⁵ LDO, § 149.

le parti stavano per lanciare in maniera indipendente, inducendole ad abbandonare i propri progetti di R&S e a coordinare gli sforzi di ricerca¹¹⁶.

3.3. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(3)

Anche qualora il BER R&S non sia applicabile, un accordo di R&S che restringe la concorrenza ai sensi dell'articolo 101(1) può comunque soddisfare le quattro condizioni per l'esenzione di cui all'articolo 101(3).

Le LDO riconoscono, innanzitutto, che gli accordi di R&S possono generare significativi incrementi di efficienza: a) **combinando competenze e attivi complementari** delle parti e **agevolando lo sviluppo e la più rapida commercializzazione di prodotti e tecnologie nuovi o migliorati**; b) favorendo una **più ampia divulgazione delle conoscenze e ulteriore innovazione**; c) **riducendo i costi o le dipendenze** da un numero limitato di fornitori¹¹⁷.

Incrementi di efficienza

Con riguardo al carattere indispensabile delle restrizioni, è più difficile per le parti dimostrare che tale criterio è soddisfatto se l'accordo contiene una (o più) delle restrizioni *hardcore* elencate all'articolo 8 del BER R&S¹¹⁸.

Carattere indispensabile

Occorre, inoltre, dimostrare che i benefici derivanti dall'accordo, ad esempio l'immissione sul mercato di prodotti nuovi o migliori, sono trasferiti ai consumatori in misura tale da compensare l'aumento dei prezzi o altri effetti restrittivi della concorrenza. Come indicato nelle LDO, ciò si verificherà più facilmente in **assenza di potere di mercato** delle parti e laddove le parti contribuiscano all'attività comune di R&S con **competenze e attivi complementari**, quali ad esempio capacità di ricerca sviluppate in settori o ambiti di ricerca diversi¹¹⁹.

Trasferimento ai consumatori

Le LDO precisano che, nell'applicare la condizione che l'accordo di R&S non comporti l'eliminazione della concorrenza, occorre tener conto dell'impatto dell'accordo sulla concorrenza al livello di innovazione.

Non eliminazione della concorrenza

Momento pertinente per la valutazione

Le LDO affrontano, infine, il tema del **momento pertinente per la valutazione** ai fini dell'esenzione degli accordi di R&S. Sebbene l'esenzione cessi di applicarsi qualora le condizioni di cui all'articolo 101(3), inizialmente soddisfatte, in seguito non lo siano più,

¹¹⁶ LDO, §§ 150-151.

¹¹⁷ LDO, §155.

¹¹⁸ LDO, §158

¹¹⁹ LDO, §§ 159-161.

le LDO opportunamente precisano che, nell'applicazione dell'articolo 101(3), è necessario tener conto degli **investimenti iniziali irrecuperabili** fatti dalle parti e del tempo o delle restrizioni a tal fine necessari. La considerazione dei rischi assunti dalle parti e degli investimenti *ex ante* irrecuperabili realizzati per attuare l'accordo può dunque condurre a ritenere che l'accordo non rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 101(1) oppure che soddisfi le condizioni di cui all'articolo 101(3) per il periodo necessario a recuperare l'investimento¹²⁰.

Le LDO, inoltre, riconoscono che in alcuni casi gli eventuali **effetti restrittivi** di un accordo di R&S sono **irreversibili**, nel senso che, una volta attuato l'accordo, non è possibile ripristinare la situazione *ex ante*. In tali casi la valutazione deve essere effettuata esclusivamente sulla base degli elementi fattuali pertinenti al momento dell'attuazione dell'accordo. Prendendo come esempio un accordo di R&S relativo a un prodotto completamente nuovo, mediante il quale le parti acconsentono ad abbandonare i rispetti progetti di ricerca individuali e a mettere in comune le rispettive capacità, le LDO osservano che, in tale ipotesi, può essere tecnicamente ed economicamente impossibile riprendere i progetti abbandonati. Di conseguenza, se al momento della conclusione dell'accordo esistono sufficienti progetti di R&S concorrenti di terzi, l'accordo di R&S è compatibile con l'articolo 101 e rimane tale anche se successivamente i progetti dei terzi dovessero venire meno¹²¹.

4. ACCORDI DI SPECIALIZZAZIONE E PRODUZIONE IN COMUNE

Gli accordi orizzontali di produzione in comune¹²² sono accordi mediante i quali due o più imprese concorrenti convengono di **produrre determinati prodotti o preparare**

¹²⁰ LDO, §§163-164.

¹²¹ LDO, §§ 165-167. Come precisato, il divieto di intese restrittive può tuttavia applicarsi ad altri elementi dell'accordo in relazione ai quali la questione del carattere irreversibile non si pone, ad esempio alle disposizioni relative allo sfruttamento in comune dei risultati dell'attività di R&S se, a seguito di successivi sviluppi del mercato, l'accordo non soddisfa più le condizioni per l'esenzione.

¹²² Agli accordi di produzione è dedicato il **capitolo 3 delle LDO** (§§ 172-272). Sintetizzando le **principal modifiche introdotte in seguito alla revisione del 2023**, ricordiamo che, per quanto attiene al BER Specializzazione: (i) al fine di garantire maggiore flessibilità, è stata **ampliata la nozione di 'accordi di specializzazione unilaterale'**, contenuta nel regolamento, per includervi anche accordi conclusi tra più di due parti; (ii) sono state **semplificate le disposizioni relative al grace period** (in cui l'esenzione continua ad applicarsi nonostante le quote di mercato delle parti abbiano superato la soglia per l'esenzione); (iii) è stato **introdotto un nuovo metodo di calcolo delle quote di mercato** nei casi in cui l'anno civile precedente non sia rappresentativo; (iv) è stata chiarita l'applicazione della soglia di quota di mercato quando i prodotti di specializzazione sono prodotti intermedi; (v) sono state **incluse nuove previsioni relative al potere della Commissione e della autorità di concorrenza nazionale di revocare il beneficio dell'esenzione in casi individuali** (al quale in precedenza si faceva riferimento solo nei considerando del

determinati servizi in comune¹²³, al fine, ad esempio, di condividere i relativi costi, conseguendo economie di scala o di scopo. La produzione in comune può essere realizzata in forme diverse, dalla produzione congiunta (ad esempio, mediante una JV controllata congiuntamente) a modalità di cooperazione meno strette, in cui la produzione è affidata ad una soltanto (o ad alcune soltanto) delle parti, riconducibili alla figura generale della subfornitura.

Come per gli accordi di ricerca e sviluppo, le imprese che intendono concludere accordi di produzione comune dovrebbero innanzitutto valutare se il loro accordo è coperto dal regolamento (UE) 2023/1067 di esenzione per categoria degli accordi di specializzazione ('BER Specializzazione')¹²⁴.

4.1. Applicazione del BER Specializzazione

Mentre le LDO sono applicabili a tutti i tipi di accordi di produzione in comune e di subfornitura orizzontale¹²⁵, possono beneficiare dell'esenzione per categoria ai sensi del BER Specializzazione le seguenti tre tipologie di accordi:

- a) **accordi di produzione in comune**, mediante i quali le parti prevedono che la produzione di determinati prodotti sia effettuata congiuntamente (ad esempio mediante un'impresa comune controllata congiuntamente che gestisce uno o più impianti di produzione, un gruppo o un'organizzazione comune)¹²⁶;
- b) **accordi di specializzazione unilaterale**, in cui una o più parti acconsentono a cessare (in tutto o in parte) la produzione o astenersi dal produrre determinati

Tipologie di accordi coperti dall'esenzione per categoria

regolamento). Per quanto riguarda le modifiche apportate alle LDO: (i) è stato chiarito che gli orientamenti si applicano a **tutte le tipologie di accordi di subfornitura orizzontale** (non soltanto agli accordi di subfornitura volti ad espandere la produzione); (ii) è stata introdotta una **nuova sezione sugli accordi di condivisione di infrastrutture mobili**.

¹²³ BER Specializzazione, considerando 6, art. 1(1)(c) e art. 1(4-5). Come spiegato al considerando 6 del regolamento di esenzione e nelle LDO (§§ 200-201), la **preparazione dei servizi** si riferisce alle 'attività svolte a monte della prestazione di servizi ai clienti' (ad esempio, la creazione o la gestione comune di una piattaforma attraverso cui i servizi saranno forniti). Resta, invece, esclusa dall'ambito di applicazione del regolamento la fornitura di servizi ai clienti, salvo diverso accordo delle parti.

¹²⁴ il nuovo BER Specializzazione, che ha sostituito la precedente versione del 2010, è entrato in vigore il 1° luglio 2023 e si applicherà per 12 anni, fino al 30 luglio 2035. Il 30 giugno 2025 si è concluso il periodo transitorio di due anni, durante il quale l'esenzione per categoria ha continuato ad applicarsi agli accordi che, pur non soddisfacendo i requisiti del nuovo BER Specializzazione, soddisfacevano le condizioni del precedente regolamento n. 1218/2010.

¹²⁵ Le LDO **non si applicano agli accordi di subfornitura verticali** (i.e. conclusi tra imprese che operano a diversi livelli della catena di produzione/distribuzione) che rientrano, invece, nell'ambito di applicazione degli Orientamenti sulle restrizioni verticali e, a determinate condizioni, del regolamento di esenzione per categoria sulle restrizioni verticali (cfr. LDO, § 179, nota 149).

¹²⁶ BER Specializzazione, art. 1(1)(c); LDO, §§ 192-193.

-
- prodotti¹²⁷ e ad acquistarli da una o più altre parti che si impegnano a produrli e fornirli¹²⁸;
- c) **accordi di specializzazione reciproca**, in cui due o più parti acconsentono, su base reciproca, a cessare (in tutto o in parte) la produzione o astenersi dal produrre determinati prodotti diversi e ad acquistarli da una o più altre parti che si impegnano a produrli e fornirli¹²⁹.

Va osservato che, a seguito della revisione del 2023, la nozione di accordo di specializzazione unilaterale **è stata estesa agli accordi conclusi anche tra più di due parti**, con l'obiettivo di introdurre una maggiore flessibilità nel sistema e, in particolare, favorire la partecipazione delle PMI ad accordi pro-concorrenziali.

Gli accordi di specializzazione unilaterale e reciproca possono beneficiare dell'esenzione anche se le imprese partecipanti operano in mercati geografici diversi, purché operino **nello stesso mercato del prodotto**¹³⁰. Essi, inoltre, sono caratterizzati da obblighi, in capo alle parti, di fornitura e di acquisto, che possono, ma non devono necessariamente, avere carattere esclusivo¹³¹.

Come precisato nell'articolo 2 del BER Specializzazione, l'esenzione per categoria è, tuttavia, applicabile anche agli **accordi di specializzazione con cui le parti assumono obblighi di fornitura o di acquisto esclusivi**¹³². L'esenzione è inoltre applicabile agli accordi di specializzazione che prevedono anche la **distribuzione comune dei prodotti realizzati sulla base di tali accordi** (c.d. prodotti di specializzazione)¹³³, nonché alle eventuali disposizioni riguardanti la cessione o la concessione in licenza di diritti di

¹²⁷ Come chiarito al considerando 9 del BER Specializzazione e nelle LDO, l'impegno a non produrre determinati prodotti non implica un obbligo per le parti di ridurre la propria capacità (es. tramite la vendita di stabilimenti o la chiusura di line di produzione), ma soltanto di ridurre il proprio volume di produzione (cfr. §§ 189 e 191).

¹²⁸ BER Specializzazione, art. 1(1)(a); LDO, §§ 188-189.

¹²⁹ BER Specializzazione, art. 1(1)(b); LDO, §§ 190-191.

¹³⁰ BER Specializzazione, considerando 9 e art. 1(1)(a-b); LDO, §§ 175, 189 e 191.

¹³¹ BER Specializzazione, considerando 10. Diverso è il caso degli accordi di subfornitura finalizzati all'espansione della produzione, in cui il committente affida al subfornitore la produzione di un determinato bene senza cessare la produzione, ma continuando a produrre lo stesso bene anche autonomamente (cfr. LDO, §§ 178).

¹³² BER Specializzazione, art. 2(4)(a); LDO, § 196.

¹³³ BER Specializzazione, art. 2(4)(b); LDO §§ 197-199. Per distribuzione 'comune' dei prodotti di specializzazione si intende la distribuzione effettuata mediante un'impresa/gruppo/organismo comune oppure affidata ad un distributore terzo (non concorrente delle parti) designato congiuntamente dalle parti dell'accordo [cfr. BER Specializzazione, art. 1(12)].

proprietà intellettuale (purché non costituiscano l'oggetto principale dell'accordo e siano direttamente collegate e necessarie alla sua esecuzione)¹³⁴.

4.1.1. Le condizioni di esenzione

Gli accordi di specializzazione beneficiano dell'esenzione conferita dal BER Specializzazione a condizione che: (i) le parti non abbiano un significativo potere di mercato, i.e. non sia superata una determinata soglia di quota di mercato; (ii) l'accordo non contenga alcuna delle restrizioni *hardcore* elencate nell'articolo 5 del regolamento.

Per quanto attiene alla prima condizione, l'esenzione si applica se la **quota di mercato congiunta delle parti non supera il 20% sul mercato o sui mercati rilevanti** cui appartengono i prodotti di specializzazione. Il nuovo regolamento chiarisce che, nel caso in cui questi ultimi siano prodotti intermedi utilizzati dalle parti come input per la produzione di altri prodotti a valle di cui effettuano anche la vendita, la quota di mercato soglia del 20% non deve essere superata neanche sul mercato o sui mercati rilevanti a cui appartengono i prodotti a valle¹³⁵.

Quota di mercato del 20%

Come ricordato¹³⁶, in seguito alla revisione del 2023, le disposizioni relative al calcolo delle quote di mercato e al *grace period* sono state semplificate. Le quote di mercato delle parti devono essere calcolate sulla base del **valore delle vendite** o, in mancanza dei relativi dati, in base ad **altre informazioni di mercato attendibili, compresi i volumi delle vendite sul mercato**¹³⁷. Nei casi in cui l'anno civile precedente non sia rappresentativo della posizione delle parti (es. mercati regolati da gare d'appalto, domanda concentrata o irregolare) è possibile far riferimento alla media delle quote di mercato delle parti dei tre anni civili precedenti¹³⁸. Quanto alla durata dell'esenzione, l'esenzione non è limitata nel tempo e si applica per tutta la durata dell'accordo se le soglie di quota di mercato e le altre condizioni di esenzione sono rispettate. Nel caso di superamento della quota di mercato soglia del 20%, **l'esenzione continuerà ad applicarsi nei due anni successivi** (*grace period*) all'anno in cui tale limite è stato superato per la prima volta.

Calcolo delle quote di mercato

Grace period

¹³⁴ BER Specializzazione, art. 2(3); LDO §§ 194-195.

¹³⁵ BER Specializzazione, art. 3; LDO, § 202.

¹³⁶ Cfr. *supra*, nota 122.

¹³⁷ BER Specializzazione, art. 4(a); LDO, § 203.

¹³⁸ BER Specializzazione, art. 4(b); LDO, §§ 204-205.

Riguardo alla seconda condizione, l'intero accordo di specializzazione è escluso dal beneficio dell'esenzione qualora comprenda una delle seguenti restrizioni *hardcore*¹³⁹:

- la **fissazione dei prezzi in caso di vendita dei prodotti di specializzazione a terzi**, fatta eccezione per la fissazione dei prezzi praticati nei confronti di clienti diretti laddove l'accordo preveda anche la distribuzione in comune dei prodotti di specializzazione;
- la **limitazione della produzione o delle vendite**, con alcune eccezioni¹⁴⁰;
- la **ripartizione di mercati o clienti**.

Il BER Specializzazione prevede, infine, che la Commissione e le autorità antitrust possono revocare il beneficio dell'esenzione se constatano che, in un caso specifico, un accordo di specializzazione coperto dal regolamento abbia tuttavia effetti incompatibili con l'articolo 101(3) TFUE¹⁴¹. L'articolo 6 del regolamento precisa che la Commissione può esercitare tale potere di revoca in particolare se il mercato rilevante è molto concentrato e la concorrenza è già ridotta a causa, ad esempio, dell'esistenza di accordi paralleli di specializzazione o di altri legami contrattuali e strutturali tra le parti e altri operatori economici presenti sul mercato¹⁴².

4.2. Valutazione individuale ai sensi dell'articolo 101(1)

Gli accordi di produzione che non rientrano nell'ambito di applicazione del BER Specializzazione (i.e. per superamento della soglia del 20% o mancato soddisfacimento delle altre condizioni di esenzione) sono valutati caso per caso, in primo luogo al fine di stabilire se l'accordo restringa la concorrenza ai sensi dell'articolo 101(1).

Generalmente gli accordi di produzione incidono sui mercati direttamente interessati dalla cooperazione, ossia i **mercati ai quali appartengono i prodotti fabbricati** nell'ambito dell'accordo stesso, ma possono avere effetti anche sui **mercati a monte, a valle o contigui** a quelli direttamente interessati dalla cooperazione (c.d. mercati secondari)¹⁴³.

¹³⁹ BER Specializzazione, art. 5; LDO, §§ 208-212.

¹⁴⁰ in particolare, alle parti è consentito: (i) nel contesto di accordi di specializzazione unilaterale o reciproca, **concordare la quantità di prodotti che alcune di esse cessano di produrre e/o producono** per le altre parti; (ii) nel contesto di accordi di produzione comune, **fissare la capacità e i volumi di produzione**; (iii) nel contesto della distribuzione comune, **fissare obiettivi di vendita**.

¹⁴¹ BER Specializzazione, artt. 6 e 7. Come già ricordato, in seguito alla revisione del 2023, le disposizioni relative alla revoca sono state spostate dai considerando alla parte dispositiva del regolamento di esenzione.

¹⁴² BER Specializzazione, art. 6(2); LDO, §§ 213-215.

¹⁴³ LDO, § 183.

Le possibili criticità che gli accordi di produzione sollevano sotto il profilo della concorrenza riguardano i seguenti profili:

- a. **limitazione diretta della concorrenza tra le parti** – gli accordi di produzione, e in particolare le *joint venture* di produzione, possono indurre le parti a fissare direttamente i livelli di produzione, la qualità dei prodotti, i prezzi ai quali la *joint venture* vende i propri prodotti, o altri importanti parametri concorrenziali, come il livello di innovazione o di sostenibilità¹⁴⁴;
- b. **esiti collusivi in mercati in cui le parti operano come fornitori** – gli accordi di produzione possono indurre indirettamente le parti a coordinare il proprio comportamento concorrenziale, favorendo esiti collusivi, in particolare quando le parti detengono potere di mercato e l'accordo di produzione aumenta la comunanza dei costi fra le parti (i.e. i costi di produzione rappresentano una percentuale elevata dei costi variabili che le parti hanno in comune) o comporta uno scambio di informazioni commercialmente sensibili (es. sui costi o sui procedimenti di produzione)¹⁴⁵;
- c. **foreclosure dei concorrenti in un mercato connesso**, ad esempio nel mercato a valle – nei casi in cui l'accordo di produzione riguarda un input produttivo/ prodotto intermedio/componente che rappresenta un'elevata percentuale dei costi variabili di un prodotto finale per il quale competono sul mercato a valle, le parti possono utilizzare l'accordo di produzione per aumentarne il prezzo e, di conseguenza, aumentare i costi dei loro concorrenti a valle¹⁴⁶.

Preoccupazioni concorrenziali

Restrizioni per oggetto

Un accordo di produzione sarà considerato restrittivo per oggetto laddove serva da strumento di attuazione di un cartello dissimulato volto alla fissazione dei prezzi, alla limitazione della produzione o alla ripartizione dei mercati o dei clienti. Come precisato nelle LDO, tuttavia, alcune restrizioni che normalmente sono qualificate come restrizioni per oggetto non si considerano tali, a certe condizioni, nel contesto degli accordi di produzione. Si tratta in particolare dei casi in cui le parti: (a) **stabiliscono la quantità della produzione direttamente interessata dall'accordo** (es. capacità di produzione di una *joint venture*, volume di prodotti oggetto di contratti di subfornitura), a condizione che non sia eliminata la concorrenza in relazione ad altri parametri (es. prezzo); (b) **nel**

Cartello dissimulato

Eccezioni

¹⁴⁴ LDO, §§ 219 e 238-239.

¹⁴⁵ LDO, §§ 220 e 240-245. Come indicato nelle LDO, è meno probabile che un accordo aumenti la comunanza dei costi quando la cooperazione riguarda prodotti nuovi o eterogenei che richiedono attività di marketing costose.

¹⁴⁶ LDO, §§ 221 e 240-243.

contesto di accordi di produzione che si estendono anche alla distribuzione in comune dei prodotti fabbricati in comune, **fissano i prezzi di vendita di tali prodotti**, a condizione che tale restrizione sia oggettivamente necessaria per l'attuazione dell'accordo e proporzionata¹⁴⁷. In questi casi, le restrizioni *hardcore* dovranno essere **valutate alla luce degli effetti complessivi dell'accordo** di produzione sul mercato.

Effetti restrittivi della concorrenza

La valutazione degli effetti dell'accordo sulla concorrenza va in ogni caso effettuata tenendo conto di diversi fattori, fra cui la situazione che prevarrebbe in assenza dell'accordo (c.d. controfattuale), le caratteristiche del mercato rilevante e l'eventuale potere di mercato delle parti, la natura e la portata della cooperazione e i prodotti oggetto della cooperazione¹⁴⁸.

In via generale, effetti restrittivi sono più probabili nei casi in cui le parti siano concorrenti e dispongano di un **significativo potere di mercato**¹⁴⁹ o il **mercato rilevante sia molto concentrato o poco dinamico**¹⁵⁰. Analogamente, una valutazione più approfondita sarà necessaria quando **la cooperazione non è limitata alla produzione, ma si estende alla distribuzione/vendita in comune dei prodotti**, avvicinandosi al consumatore, in quanto maggiori saranno in questo caso i rischi per la concorrenza derivanti da accordi che spesso, come sopra ricordato, prevedono la fissazione dei prezzi e del volume delle vendite¹⁵¹.

Accordi generalmente non restrittivi Viceversa, **effetti restrittivi della concorrenza sono improbabili** nel caso in cui: (i) le imprese partecipanti all'accordo **non sono concorrenti**; (ii) l'accordo di produzione permette il **lancio di un prodotto** che le parti non sarebbero state altrimenti in grado di produrre, sulla base di fattori oggettivi (es. per mancanza delle necessarie capacità

¹⁴⁷ LDO, §§ 222-225.

¹⁴⁸ LDO, §§ 226.

¹⁴⁹ Per valutare il potere di mercato fattori rilevanti sono il numero e l'intensità dei legami (ad es. l'esistenza di altri accordi di cooperazione) tra i concorrenti sul mercato, la capacità dei clienti di cambiare fornitore e/o la probabilità che i concorrenti non aumentino l'offerta se i prezzi aumentano (cfr. LDO, § 236).

Quando un accordo di produzione può avere effetti di ricaduta sui mercati a monte, a valle o contigui rispetto al mercato direttamente interessato dalla cooperazione (ad es. se riguarda prodotti intermedi utilizzati come fattori produttivi per prodotti a valle), **è più probabile che si verifichino effetti restrittivi nei mercati secondari se i mercati sono interdipendenti e se le parti detengono potere di mercato nel mercato secondario** (cfr. LDO, § 232).

¹⁵⁰ LDO, §§ 226-237.

¹⁵¹ LDO, § 239.

tecniche); (iii) l'accordo incide su mercati nei quali le parti **non hanno potere di mercato**¹⁵².

Sotto quest'ultimo profilo, per gli accordi di produzione che restano **fuori dal campo di applicazione del BER Specializzazione**, non rientrando nella definizione di 'accordi di specializzazione' di cui allo stesso regolamento, le LDO stabiliscono un **safe harbour**, indicando che '*nella maggior parte dei casi è improbabile che esista un potere di mercato se le parti dell'accordo detengono, nei mercati rilevanti, una quota di mercato combinata non superiore al 20%*'¹⁵³. È importante notare che, diversamente dalla precedente versione che ne limitava l'applicazione ai soli accordi di subfornitura diretti ad espandere la produzione (in cui il committente non interrompe la produzione del proprio prodotto)¹⁵⁴, le LDO del 2023 hanno esteso tale *safe harbour* a **tutti gli accordi di subfornitura orizzontale** che non sono qualificabili come accordi di specializzazione ai sensi del regolamento di esenzione per categoria.

Safe harbour
per accordi non
coperti
dall'esenzione
per categoria

4.3. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(3)

Un accordo di produzione che non beneficia dell'esenzione per categoria e restringe la concorrenza per il suo oggetto o i suoi effetti, può essere ancora considerato compatibile con l'articolo 101 TFUE se soddisfa la quattro condizioni cumulative di cui all'articolo 101(3) TFUE. Al riguardo le LDO ricordano che gli accordi di produzione possono generare significativi incrementi di efficienza, consentendo alle imprese di: **risparmiare sui costi**, aumentando la produzione o la gamma dei prodotti e realizzando in tal modo **economie di scala e/o di diversificazione; migliorare la qualità dei prodotti combinando competenze e know-how complementari; migliorare le tecnologie di produzione o lanciare prodotti nuovi** (inclusi prodotti **sostenibili**); adattare la produzione a un improvviso aumento della domanda o a un calo dell'offerta, contribuendo ad evitare situazioni di carenza di prodotti o interruzioni delle catene di approvvigionamento e favorendo la resilienza del mercato¹⁵⁵.

Incrementi di efficienza

Quanto alla condizione relativa all'indispensabilità delle restrizioni previste dall'accordo per il conseguimento degli incrementi di efficienza, le LDO chiariscono che le restrizioni relative ad aspetti della produzione che esulano dall'oggetto della cooperazione di regola non sono ritenute indispensabili, così come non è considerata indispensabile la

Carattere indispensabile

¹⁵² LDO, § 227.

¹⁵³ LDO, § 231.

¹⁵⁴ Cfr. LDO, § 178.

¹⁵⁵ LDO, §§ 247-249.

fissazione dei prezzi se l'accordo di produzione non prevede anche la distribuzione in comune¹⁵⁶.

Trasferimento ai consumatori Come indicato nelle LDO, le riduzioni di costi causate da un calo della produzione o dalla ripartizione dei mercati non sono considerate tali da soddisfare le condizioni di cui all'articolo 101(3). È inoltre precisato che è più probabile che siano trasferiti ai consumatori i risparmi sui costi variabili rispetto ai risparmi sui costi fissi¹⁵⁷.

Non eliminazione della concorrenza La condizione relativa all'eliminazione della concorrenza deve essere valutata non solo in relazione al mercato al quale appartengono i prodotti oggetto dell'accordo, ma anche in relazione agli eventuali mercati secondari nei quali l'accordo produce effetti restrittivi.

4.4. Comunicazioni elettroniche: condivisione di infrastrutture mobili

Fra le principali novità introdotte nelle LDO del 2023 al fine di tener conto degli sviluppi legati alla trasformazione digitale, vi è l'inclusione di specifici orientamenti per la valutazione sotto il profilo antitrust degli **accordi di condivisione di infrastrutture di telecomunicazione mobile** (c.d. *network sharing*), considerati, a tal fine, una specifica tipologia di accordo di produzione¹⁵⁸.

Accordi di network sharing Si tratta di accordi che gli operatori di reti di telecomunicazioni mobili spesso concludono al fine di **condividere l'utilizzo di parti della propria infrastruttura di rete, i costi di esercizio e i costi dei successivi interventi di manutenzione e ammodernamento**, e, dunque, offrire servizi di telecomunicazione mobile in modo più efficiente sotto il profilo dei costi¹⁵⁹. Gli accordi di *network sharing* includono un'ampia gamma di forme di cooperazione, dalla **condivisione di infrastrutture passive** (es. piloni, armadi di distribuzione, antenne ecc.), alla condivisione di **infrastrutture attive** (es. apparecchiature della rete di accesso via radio – RAN) o dello **spettro** (es. bande di frequenza), e possono comportare una segmentazione geografica, in base alla quale gli operatori si dividono le responsabilità relative all'installazione, alla manutenzione e alla gestione delle infrastrutture nei rispettivi territori¹⁶⁰.

¹⁵⁶ LDO, §§ 250-251.

¹⁵⁷ LDO, §§ 253-254.

¹⁵⁸ LDO, sezione 3.6.

¹⁵⁹ LDO, § 258.

¹⁶⁰ LDO, § 259. È precisato che le indicazioni contenute nelle LDO con riguardo agli accordi di condivisione di infrastrutture mobili **non si applicano agli accordi relativi alla fornitura di prodotti di accesso all'ingrosso per le telecomunicazioni mobili** (cfr. § 258, nota 178).

Analogamente ad altre **forme di cooperazione nel settore digitale**, tali iniziative possono generare incrementi di efficienza e sono, in certa misura, incoraggiate dalla legislazione settoriale in materia di comunicazioni elettroniche¹⁶¹.

In considerazione della significativa attenzione rivolta recentemente a questo tipo di accordi nella propria prassi di *enforcement*¹⁶² e in quella delle autorità di concorrenza di diversi Stati membri, la Commissione ha voluto chiarire il quadro di analisi, a beneficio di una maggiore certezza giuridica, per non scoraggiare iniziative di condivisione che non restringono in modo significativo la concorrenza.

Le LDO riconoscono, innanzitutto, che gli accordi di *network sharing* possono generare benefici in termini di: (i) **riduzione dei costi di installazione/manutenzione delle reti** che può portare a prezzi più bassi per i consumatori o maggiori investimenti in infrastrutture; (ii) **più rapida installazione di nuove reti** (come le reti 5G) o tecnologie e **copertura più ampia e capillare** con miglioramento della qualità e della varietà di prodotti e servizi; (ii) creazione di una **concorrenza**, ad esempio a livello di vendita al dettaglio, che non esisterebbe in assenza dell'accordo¹⁶³.

Benefici

Al tempo stesso, in alcuni casi, tali accordi possono avere un impatto negativo sulla concorrenza, in particolare riducendo gli incentivi delle parti a competere tra loro in relazione alle infrastrutture e sul piano dell'innovazione. Una minore concorrenza infrastrutturale può, a sua volta, limitare la concorrenza nella fornitura (sia all'ingrosso che al dettaglio) di servizi di telecomunicazione mobile¹⁶⁴.

Preoccupazioni concorrenziali

Le LDO chiariscono che, in linea di principio, gli accordi di condivisione di infrastrutture non costituiscono restrizioni della concorrenza per oggetto, salvo il caso in cui siano

¹⁶¹ Cfr. Direttiva (UE) 2018/1972 ('Codice europeo delle comunicazioni elettroniche'), artt. 61(4) e 47. In particolare, il quadro normativo in materia di comunicazioni elettroniche consente alle autorità nazionali di regolazione di imporre agli operatori di rete la condivisione delle infrastrutture in specifiche circostanze, ad esempio in aree a fallimento di mercato in cui la replicabilità delle reti è impraticabile a causa di ostacoli economici o fisici insormontabili e in cui gli utenti finali rischiano di essere privati della connettività digitale. È, inoltre, previsto che, al fine di garantire un uso effettivo ed efficiente dello spettro radio o di promuovere la copertura, le autorità competenti, nello stabilire le condizioni associate ai diritti d'uso individuali dello spettro radio, possano prevedere la condivisione delle infrastrutture passive e attive che utilizzano lo spettro o la condivisione dello stesso spettro.

¹⁶² Cfr. le decisioni della Commissione nei casi AT.40305, *Condivisione di reti – Repubblica ceca*; COMP/38.369, *T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Accordo quadro per la condivisione delle infrastrutture di rete – Rahmnvertrag*; caso COMP/38.370, *O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited* ('accordo di condivisione delle reti nel Regno Unito'); cfr., inoltre, Tribunale UE, caso T-328/03, *O2 (Germany)/Commissione*.

¹⁶³ LDO, § 260.

¹⁶⁴ LDO, §§ 262-263.

funzionali all'attuazione di un cartello¹⁶⁵. Occorre sempre **valutare caso per caso** i loro effetti sulla concorrenza, tenendo conto di alcuni fattori, quali il **tipo e il livello della condivisione** (incluso il grado di indipendenza mantenuto dalle parti in termini di decisioni di investimento e dispiegamento delle reti), la **portata dei servizi e delle tecnologie condivisi**, la finalità della condivisione dello spettro, la durata e struttura della cooperazione, la **portata geografica** e la **copertura di mercato dell'accordo** (ad es. la copertura in termini di popolazione e l'eventualità che l'accordo riguardi zone densamente popolate), le **caratteristiche e la struttura del mercato rilevante** (i.e. quote di mercato delle parti, quantità di spettro detenuto, pressione concorrenziale esercitata dagli operatori esclusi dall'accordo, barriere all'ingresso etc.), il **numero di accordi di network sharing analoghi** sul mercato rilevante e il numero e l'identità degli operatori di rete partecipanti¹⁶⁶.

Nonostante la valutazione dell'impatto dell'accordo sulla concorrenza vada effettuata caso per caso, le LDO forniscono le seguenti **indicazioni generali**, che dovrebbero guidare tale valutazione per i diversi tipi di accordi di *network sharing*¹⁶⁷:

- la **condivisione della sola infrastruttura passiva** (es. piloni, armadi di distribuzione, antenne o alimentatori) generalmente non solleva preoccupazioni concorrenziali, a condizione che gli operatori di rete mantengano un grado significativo di indipendenza e flessibilità nella definizione della loro strategia commerciale, delle caratteristiche dei propri servizi e dei propri investimenti nella rete e che l'accesso all'infrastruttura passiva non sia ristretto;
- il rischio di effetti restrittivi della concorrenza è, invece, maggiore se gli accordi riguardano la **condivisione dell'infrastruttura attiva** (i.e. le apparecchiature della rete di accesso via radio – 'RAN'), data la più ampia condivisione di componenti di rete che può incidere sulla capacità delle parti di sviluppare in maniera indipendente la rete o di differenziare i propri servizi;
- gli accordi di **condivisione dello spettro radio**¹⁶⁸ (i.e. bande di frequenza), infine, sono considerati la forma di cooperazione più problematica e, sebbene possano essere consentiti dalle autorità di regolazione in sede di concessione dei diritti

¹⁶⁵ LDO, § 261.

¹⁶⁶ LDO, § 264.

¹⁶⁷ LDO, § 266.

¹⁶⁸ Le LDO precisano che per 'condivisione dello spettro' deve intendersi un accordo di condivisione di infrastrutture nel contesto del quale due o più operatori di reti di comunicazione mobile utilizzano come risorsa condivisa le rispettive porzioni di spettro in una o più bande di spettro. Le indicazioni contenute nelle LDO non riguardano invece altri tipi di condivisione dello spettro, ad esempio tra soggetti non concorrenti (es. tra operatori di reti mobili e operatori di reti fisse) che utilizzano le stesse bande di spettro in modo dinamico, favorendone così l'uso efficiente (cfr. § 266, nota 197).

**Accordi
prima facie
non restrittivi**

d'uso dello spettro, richiedono una valutazione più attenta, poiché potrebbero limitare ulteriormente la capacità delle parti di differenziare le rispettive offerte al dettaglio e/o all'ingrosso e di competere in maniera indipendente.

Infine, le LDO individuano alcune **condizioni minime**, in presenza delle quali un accordo di *network sharing* può essere considerato **prima facie insuscettibile di produrre effetti restrittivi**. Occorre, in particolare, che gli operatori partecipanti: (a) conservino il **controllo e la gestione della propria rete principale** (*core network*) e non esistano disincentivi tecnici, contrattuali, finanziari o di altra natura alla loro **possibilità di sviluppare unilateralmente la propria infrastruttura** o attuare aggiornamenti; (b) mantengano **attività al dettaglio e all'ingrosso indipendenti** e la **libertà di differenziare le proprie offerte**; (c) conservino la capacità di seguire **strategie indipendenti in materia di spettro**; (d) non si scambino informazioni commercialmente sensibili oltre quanto strettamente necessario per il funzionamento della condivisione delle infrastrutture mobili¹⁶⁹.

5. ACCORDI DI ACQUISTO

Gli accordi di acquisto¹⁷⁰ sono accordi mediante i quali imprese concorrenti **acquistano prodotti o servizi in comune, agendo come un'unica controparte nei confronti dei fornitori**¹⁷¹. Generalmente l'obiettivo della cooperazione nelle attività di acquisto è conferire alle imprese partecipanti (in particolare a quelle più piccole) **un maggiore potere negoziale**, consentendo alle stesse di ottenere prezzi e altre condizioni di

**Accordi di
acquisto in
comune**

¹⁶⁹ LDO, § 265.

¹⁷⁰ Agli accordi di acquisto è dedicato il **capitolo 4 delle LDO** (§§ 273-316). Sintetizzando le **principal modifiche introdotte con la revisione del 2023**, ricordiamo che le nuove LDO hanno: (i) **precisato la nozione di 'accordo di acquisto in comune'**; (ii) fornito **orientamenti più chiari sulla distinzione tra cartelli di acquirenti** (restrizioni per oggetto) e **accordi di acquisto congiunto** (generalmente valutati come restrizioni per effetto) nonché sulla distinzione fra accordi di acquisto congiunto e boicottaggio orizzontale; (iv) fornito **maggiori indicazioni sulle circostanze in cui gli accordi di acquisto congiunto possono avere effetti negativi sulla concorrenza a monte**, riducendo gli incentivi dei fornitori ad investire e innovare e **sulle circostanze in cui è meno probabile che i minori prezzi di acquisto siano trasferiti ai consumatori**; (v) fornito orientamenti sulle **restrizioni oggettivamente necessarie** e per la valutazione di alcune **tattiche di negoziazione** (minacce di abbandonare le negoziazioni o interruzioni degli ordini di acquisto).

¹⁷¹ Quando un accordo di acquisto in comune comprende sia accordi orizzontali che verticali, occorre svolgere un'analisi in due tempi. Innanzitutto, gli accordi orizzontali fra le imprese concorrenti che effettuano acquisti in comune devono essere valutati in base ai principi delle LDO. Se da tale valutazione emerge che l'accordo non suscita riserve sotto il profilo della concorrenza, occorre procedere all'ulteriore valutazione degli **eventuali accordi verticali tra l'accordo di acquisto in comune (nel suo insieme) e i singoli membri e tra l'accordo di acquisto in comune (nel suo insieme) e i fornitori**, che va effettuata sulla base del **VBER** e degli **Orientamenti sulle restrizioni verticali** (cfr. LDO, § 276).

**Acquisto effettivo/
negoziazione congiunta**

acquisto più vantaggiose rispetto a quelle che potrebbero ottenere negoziando individualmente con i fornitori¹⁷².

Gli accordi di acquisto in comune possono assumere forme diverse, da modalità di cooperazione più strutturate, come la creazione di una *joint venture* o di una cooperativa, a forme di cooperazione meno strette, come quando un negoziatore rappresenta un gruppo di imprese acquirenti¹⁷³. Nelle nuove LDO viene precisato che tali accordi possono prevedere **l'effettivo acquisto in comune** o limitarsi alla fase di **negoziazione congiunta dei prezzi**, di alcune componenti del prezzo o di altri termini e condizioni, lasciando che le operazioni di acquisto vere e proprie siano effettuate da ciascuna impresa in maniera indipendente¹⁷⁴.

**Tattiche di
negoziazione**

Rientrano, inoltre, nell'ambito di applicazione delle LDO alcune tattiche di negoziazione, quali ad esempio la **minaccia di abbandonare le trattative o di interrompere temporaneamente gli acquisti**, che sono considerate parte integrante dell'accordo di acquisto in comune e, come vedremo meglio in seguito, devono essere valutate alla luce degli effetti complessivi dell'accordo.

Infine, poiché le precedenti linee guida facevano riferimento soltanto alle c.d. *retail alliances* (alleanze per la vendita al dettaglio), nelle LDO del 2023 la Commissione ha voluto chiarire che gli accordi di acquisto in comune **possono essere conclusi in tutti i settori economici** e, in funzione del settore, i prodotti acquistati possono essere utilizzati dalle imprese acquirenti direttamente o come fattori produttivi (es. nel caso di energia o fertilizzanti) oppure rivenduti (es. nel caso di beni di largo consumo, quali prodotti alimentari o per la casa, o di beni elettronici di consumo)¹⁷⁵.

5.1. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(1)

Mercati rilevanti

Per la valutazione antitrust degli accordi di acquisto occorre considerare sia i **mercati (a monte) dell'acquisto**, in cui le imprese parti dell'accordo interagiscono e negoziano con i fornitori, che i **mercati (a valle) della vendita**, qualora le stesse vendano prodotti in concorrenza tra loro¹⁷⁶.

Gli accordi di acquisto tra concorrenti possono infatti ridurre la concorrenza su tali mercati, comportando, ad esempio, **aumento dei prezzi, riduzione della produzione,**

¹⁷² LDO, § 275.

¹⁷³ LDO, § 273.

¹⁷⁴ LDO, § 274

¹⁷⁵ LDO, *ibidem*.

¹⁷⁶ LDO, §§ 285 e 288-290.

della qualità o varietà dei prodotti e dell'innovazione, ripartizioni dei mercati o *foreclosure* nei confronti di altri acquirenti¹⁷⁷. Ad esempio, l'acquisto in comune da parte di imprese concorrenti di una parte significativa dei propri prodotti può ridurre i loro incentivi a farsi concorrenza sui prezzi nei mercati di vendita a valle e, se le parti detengono potere di mercato su tali mercati, è più difficile che i prezzi di acquisto più bassi ottenuti grazie all'accordo di acquisto in comune siano trasferiti ai consumatori. Inoltre, un significativo potere di mercato delle parti nel mercato dell'acquisto può ridurre gli incentivi dei fornitori ad investire e costringerli a ridurre la gamma o la qualità dei prodotti che producono, con effetti negativi sulla concorrenza in termini di peggioramento della qualità e riduzione degli sforzi di innovazione.

Preoccupazioni concorrenziali

Restrizioni per oggetto

Anche con riguardo agli accordi di acquisto, le LDO indicano che generalmente tali accordi non configurano una restrizione della concorrenza per oggetto se riguardano effettivamente acquisti in comune e non rappresentano un mezzo per dissimulare un cartello.

Poiché, tuttavia, in questo ambito **i confini fra accordi legittimi e condotte illecite** (i.e. cartelli, boicottaggio collettivo) **possono essere molto incerti**, nelle LDO del 2023 la Commissione ha fornito ulteriori orientamenti per chiarire la distinzione tra i cartelli fra acquirenti (*buyer cartels*), che costituiscono restrizioni della concorrenza per oggetto e possono comportare l'applicazione di elevate sanzioni da parte delle autorità antitrust, e gli accordi di acquisto in comune che, invece, generalmente richiedono una valutazione caso per caso dei loro effetti sulla concorrenza.

Buyer cartels

Come indicato nelle LDO, i *buyer cartels* sono **accordi tra due o più acquirenti che, senza prevedere trattative comuni con i fornitori, coordinano la condotta individuale degli stessi acquirenti sul mercato di acquisto**, ad esempio, (i) coordinando i prezzi di acquisto o loro componenti, allocando quote di acquisto o ripartendo mercati o fornitori; (ii) influenzando le trattative individuali degli acquirenti con i fornitori, ad esempio attraverso il coordinamento delle strategie di negoziazione degli acquirenti o lo scambio di informazioni commercialmente sensibili sulle rispettive intenzioni di acquisto individuali (es. prezzi massimi, sconti, volumi/quantità, fornitori) o sulle rispettive trattative con i fornitori¹⁷⁸.

¹⁷⁷ LDO, § 277.

¹⁷⁸ LDO, §§ 279-281.

Il **criterio principale** per distinguere tali forme illecite di coordinamento da accordi di acquisto in comune genuini viene individuato, dunque, nella circostanza che **le parti si manifestino ai fornitori come un gruppo di acquirenti che negozia e conclude congiuntamente l'accordo** relativo alle condizioni fornitura o, viceversa, le negoziazioni e gli acquisti avvengano individualmente con il fornitore, ma non in maniera indipendente poiché gli acquirenti hanno coordinato in anticipo il proprio comportamento nei confronti dei fornitori. Le LDO individuano, in particolare, **due fattori** che rendono meno probabile che un accordo di acquisto congiunto costituisca un cartello fra acquirenti:

- a) **trasparenza** – l'accordo di acquisto in comune chiarisce ai fornitori che le negoziazioni sono svolte per conto dei suoi membri o che l'acquisto è effettuato per conto dei suoi membri¹⁷⁹;
- b) **forma scritta** - i membri dell'accordo di acquisto in comune hanno definito la forma, la portata e il funzionamento della loro cooperazione in un accordo scritto, affinché la sua compatibilità con l'articolo 101 possa essere verificata *ex post* e confrontata con l'effettivo funzionamento dell'accordo di acquisto in comune¹⁸⁰.

Accordi di acquisto legittimi vanno, inoltre, tenuti distinti da due ulteriori situazioni che configurano restrizioni per oggetto, quando cioè: (i) l'accordo di acquisto contribuisce o è funzionale all'avvio di un **cartello sui mercati di vendita a valle**; (ii) l'accordo di acquisto è diretto ad **escludere un concorrente effettivo o potenziale dai mercati di vendita a valle**, configurando una forma di boicottaggio orizzontale¹⁸¹.

Come chiarito nelle nuove LDO, generalmente **non costituiscono invece restrizioni per oggetto** accordi mediante i quali gli acquirenti decidono di non acquistare più da determinati fornitori (c.d. boicottaggio verticale), ad esempio perché i prodotti offerti da tali fornitori oppure i processi produttivi o le condizioni di lavoro che essi adottano non sono sostenibili. Tali accordi dovranno essere considerati nel loro contesto economico e giuridico al fine di valutarne caso per caso gli effetti sulla concorrenza.

¹⁷⁹ LDO, § 282(a). Le LDO chiariscono che **non è necessario che l'accordo indichi l'identità dei suoi membri**, in particolare se si tratta di PMI o e/o di imprese che rappresentano solo una quota limitata degli acquisti dell'accordo di acquisto in comune presso un dato fornitore. Al contempo, viene anche precisato che **la segretezza non è un requisito per la constatazione di un cartello di acquirenti**, che può configurarsi anche quando le parti operino in modo relativamente trasparente.

¹⁸⁰ LDO, § 282(b).

¹⁸¹ LDO, §§ 283-284.

Effetti restrittivi della concorrenza

Al di fuori delle ipotesi di restrizioni per oggetto, in tutti gli altri casi occorre valutare l'impatto sulla concorrenza degli accordi di acquisto in comune, tenendo conto del **contesto economico e giuridico** in cui si inseriscono e sulla base di un'**analisi controfattuale**, ossia confrontando gli effetti (attuali o potenziali) dell'accordo sui mercati rilevanti con la situazione concorrenziale in assenza dell'accordo¹⁸².

In linea di principio, gli accordi di acquisto in comune non sono problematici sotto il profilo *antitrust* se le parti non detengono potere di mercato sui mercati della vendita¹⁸³. Più in generale, le LDO stabiliscono un *safe harbour*, escludendo la probabilità di restrizioni significative della concorrenza, **se la quota di mercato combinata delle parti è inferiore al 15% sia sui mercati dell'acquisto che su quelli della vendita**¹⁸⁴. Se la quota di mercato delle parti non eccede tale soglia è in ogni caso probabile che l'accordo abbia effetti pro-concorrenziali che superano l'impatto negativo sulla concorrenza.

Viceversa, se le parti, per effetto dell'accordo, acquisiscono un potere di acquisto significativo, i rischi per la concorrenza sono maggiori, sia sul mercato a monte dell'acquisto che su quello a valle della vendita, ed è necessario valutare in maniera dettagliata gli effetti dell'accordo¹⁸⁵.

Sul mercato dell'acquisto, ad esempio, il *buyer power* degli acquirenti può **ridurre gli incentivi dei fornitori ad innovare e investire**, portando ad un'offerta subottimale, con minore varietà e qualità peggiore dei prodotti. Le LDO chiariscono che il rischio di disincentivare gli investimenti o le innovazioni dei fornitori è maggiore se gli acquirenti detengono congiuntamente un'ampia quota degli acquisti pertinenti, in particolare quando interagiscono con fornitori di piccole dimensioni che hanno effettuato investimenti specifici per rifornire i membri dell'accordo di acquisto in comune. Effetti restrittivi sono, invece, meno probabili se il potere di acquisto delle parti è controbilanciato da un altrettanto significativo potere negoziale dei fornitori, ad esempio perché questi ultimi vendono prodotti o servizi necessari agli acquirenti per competere sui mercati di vendita a valle¹⁸⁶. Le parti possono inoltre utilizzare il proprio potere di

**Safe harbour
per quota
inferiore al 15%**

**Effetti
restrittivi sul
mercato (a
monte)
dell'acquisto**

¹⁸² LDO, § 285.

¹⁸³ LDO, § 286.

¹⁸⁴ LDO, § 291.

¹⁸⁵ LDO, § 292-293. Ai fini della valutazione, occorre tener conto di **fattori** quali la **concentrazione del mercato**, i **margini di profitto**, il **grado di concorrenza tra le parti**, la **natura dei prodotti** oggetto dell'accordo di acquisto e l'eventuale **contrapposto potere di vendita esercitato dai fornitori**.

¹⁸⁶ LDO, §§ 294-295.

**Effetti
restrittivi sul
mercato (a
valle) della
vendita**

acquisto comune per precludere ad acquirenti concorrenti il mercato di acquisto, limitandone l'accesso a fornitori efficienti¹⁸⁷.

Riguardo al mercato a valle della vendita, se le parti detengono congiuntamente un notevole potere di mercato su tale mercato, è **improbabile che i risparmi sui costi di approvvigionamento** ottenuti grazie all'accordo di acquisto **siano trasferiti ai consumatori**¹⁸⁸. Inoltre, quando le parti sono concorrenti effettivi o potenziali a valle, l'accordo di acquisto in comune può condurre ad **esiti collusivi** se agevola il coordinamento del loro comportamento anche sul mercato della vendita¹⁸⁹.

Ciò può verificarsi in particolare se le caratteristiche di tale mercato favoriscono la collusione (es. concentrazione, elevata trasparenza), se le parti detengono **potere di mercato** e l'accordo va oltre le condizioni di acquisto (riguardando, ad esempio, volumi da acquistare, promozioni sulle vendite o tempistiche degli sconti) o, ancora, se le parti, attraverso gli acquisti in comune, **condividono una quota elevata dei loro costi variabili sul mercato della vendita**¹⁹⁰. Il rischio di coordinamento a valle è particolarmente elevato quando l'accordo di acquisto limita (o disincentiva) la capacità delle parti di acquistare autonomamente ulteriori volumi di fattori produttivi¹⁹¹.

Se, invece, le parti non dispongono congiuntamente di un potere di mercato o non operano negli stessi mercati di vendita rilevanti (es. in mercati geografici diversi e non sono nemmeno concorrenti potenziali) è meno probabile che l'accordo di acquisto in comune abbia effetti restrittivi sulla concorrenza sui mercati di vendita¹⁹².

**Scambi di
informazioni
sensibili**

L'attuazione di un accordo di acquisto in comune può richiedere, infine, lo scambio di informazioni sensibili sotto il profilo commerciale (es. su prezzi e volumi di acquisto) che, a sua volta, può facilitare il coordinamento tra le parti e determinare un risultato collusivo sui mercati della vendita. Questi '*spill-over effects*' possono essere evitati se l'accordo di acquisto in comune, costituito come soggetto distinto, non trasmette le informazioni sensibili alle parti, oppure attuando **misure tecniche o pratiche volte a proteggere la riservatezza e limitare l'accesso a tali informazioni** (es. creazione di *clean teams*,

¹⁸⁷ LDO, § 296. Tali effetti di *foreclosure* sono più probabili quando il numero di fornitori è limitato ed esistono barriere all'ingresso sul lato dell'offerta dei mercati di acquisto.

¹⁸⁸ LDO, § 297.

¹⁸⁹ LDO, §§ 297-300.

¹⁹⁰ LDO, §§ 299-300. Questo avviene, ad esempio, quando **le parti sono in concorrenza in relazione ad un prodotto finale e acquistano in comune una parte significativa dei rispettivi fattori di produzione** oppure, **operando come venditori al dettaglio sullo stesso mercato a valle, acquistano in comune una parte rilevante dei prodotti che rivendono**.

¹⁹¹ LDO, § 297.

¹⁹² LDO, § 298.

personale dedicato esclusivamente alla funzione di acquisto in comune e soggetto ad obblighi di confidenzialità)¹⁹³.

Rispetto alle precedenti, le nuove LDO forniscono inoltre indicazioni in merito alla valutazione di alcune tattiche di negoziazione che possono essere utilizzate dalle parti per esercitare il proprio potere di acquisto, come le minacce di abbandonare le negoziazioni o di interrompere temporaneamente gli ordini se il fornitore non offre condizioni migliori o prezzi più bassi. Le LDO chiariscono che queste tattiche possono costituire **parte integrante dell'accordo di acquisto** in comune e di una contrattazione efficiente volta ad ottenere prezzi più bassi. In via generale, **non costituiscono** pertanto **una restrizione della concorrenza per oggetto**, ma **i loro eventuali effetti sulla concorrenza vanno valutati caso per caso**, alla luce degli effetti complessivi dell'accordo di acquisto in comune¹⁹⁴.

Tattiche di negoziazione

Infine, le LDO del 2023 chiariscono che non rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 101(1) le restrizioni imposte ai membri di un accordo di acquisto in comune che possono essere considerate **oggettivamente necessarie e proporzionate per il corretto funzionamento dell'accordo e per l'esercizio di un certo potere di acquisto** nei confronti dei fornitori. Un esempio di restrizione di questo tipo è il divieto imposto ai membri dell'accordo di partecipare ad altri accordi di acquisto in comune (**divieto di c.d. dual membership**), esaminato dalla Corte di Giustizia nel caso *Gøtstrup-Klim*¹⁹⁵.

Restrizioni oggettivamente necessarie

Non è invece considerata una restrizione oggettivamente necessaria l'imposizione alle parti di obblighi di acquisto esclusivi, i.e. di acquistare tutto o la maggior parte del proprio fabbisogno tramite l'accordo di acquisto in comune. Sebbene possano avere la funzione di garantire una posizione negoziale sufficientemente forte nei confronti dei fornitori, tali obblighi **rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 101(1) e devono essere valutati tenendo conto di fattori quali la portata** (quota degli acquisti interessati), **la durata dell'obbligo e il potere di mercato delle parti**¹⁹⁶.

Obblighi di acquisto esclusivi

5.2. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(3)

La **riduzione dei costi** e le **economie di scala** sono tipicamente gli incrementi di efficienza derivanti dagli accordi di acquisto in comune che consentono di ottenere prezzi di acquisto inferiori e di ridurre i costi di transazione, di trasporto e di stoccaggio. Tali accordi possono, inoltre, favorire **efficienze di natura qualitativa**, quando inducono

Incrementi di efficienza

¹⁹³ LDO, §§ 301-302.

¹⁹⁴ LDO, §§ 303-304.

¹⁹⁵ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-250/92, *Gøtstrup-Klim*, punti 34-35. LDO, § 287.

¹⁹⁶ LDO, § 297.

i fornitori ad innovare e ad introdurre sul mercato prodotti nuovi o migliori, oppure a raggiungere un numero maggiore di clienti o mercati. Ad esempio, accordi di acquisto in comune di medicinali o di energia possono apportare benefici ai consumatori, **riducendo le dipendenze ed evitando carenze** grazie a catene di approvvigionamento più resilienti¹⁹⁷.

**Carattere
indispensabile**

Le LDO riconoscono che, in alcuni casi, l'**obbligo di effettuare gli acquisti esclusivamente nell'ambito dell'accordo di cooperazione** può essere indispensabile per raggiungere il livello di potere di acquisto o il volume necessari a conseguire le economie di scala. È tuttavia precisato che l'impatto dell'obbligo di esclusiva deve essere valutato nel contesto del singolo caso¹⁹⁸.

Gli incrementi di efficienza ottenuti grazie all'accordo di acquisto in comune (es. prezzi di acquisto più vantaggiosi) devono essere trasferiti ai consumatori, ad esempio applicando prezzi più bassi sui mercati di vendita. Tuttavia, come evidenziato nelle LDO, **più elevato è il potere di mercato delle parti su tali mercati a valle, minore sarà l'incentivo a trasferire ai propri clienti le riduzioni dei costi variabili**, espandendo la produzione e abbassando i prezzi. Inoltre, il trasferimento ai consumatori è particolarmente improbabile se l'accordo di acquisto limita la capacità delle parti di acquistare volumi aggiuntivi da un determinato fornitore attraverso l'accordo stesso o autonomamente al di fuori dell'accordo¹⁹⁹.

**Trasferimento ai
consumatori**

**Non
eliminazione
della
concorrenza**

Infine, affinché le condizioni di cui all'articolo 101(3) possano considerarsi soddisfatte, l'accordo di acquisto non deve eliminare la concorrenza né sul mercato dell'acquisto né su quello della vendita²⁰⁰.

6. ACCORDI DI COMMERCIALIZZAZIONE

Gli accordi di commercializzazione sono **accordi mediante i quali imprese concorrenti cooperano nelle attività di vendita, distribuzione o promozione dei propri prodotti**²⁰¹. La categoria copre forme di cooperazione di diversa portata, da accordi per

¹⁹⁷ LDO, § 305.

¹⁹⁸ LDO, § 306.

¹⁹⁹ LDO, §§ 307-308.

²⁰⁰ LDO, § 309.

²⁰¹ Gli accordi di commercializzazione sono analizzati nel **capitolo 5 delle LDO** (§§ 317-365). Sintetizzando le **principali modifiche** introdotte a seguito della revisione del 2023, ricordiamo che le nuove LDO contengono ora: orientamenti ulteriori in merito ai **rischi per la concorrenza connessi alla limitazione della produzione** negli accordi di commercializzazione; indicazioni più chiare sui mercati rilevanti e gli effetti anticoncorrenziali di tali accordi; una **sezione ad hoc dedicata ai consorzi di offerenti** (*bidding consortia*)

la vendita in comune che possono riguardare tutti gli aspetti commerciali relativi alla vendita dei prodotti, compreso il prezzo, ad accordi più specifici, limitati ad un aspetto particolare della commercializzazione, come la distribuzione, la pubblicità o l'assistenza post-vendita²⁰².

Rientrano in questa categoria anche gli **accordi di distribuzione tra concorrenti** che, fatta eccezione per gli scenari di c.d. *dual distribution*, vanno valutati innanzitutto in base ai principi indicati nelle LDO e, successivamente, se del caso, in base agli Orientamenti sulle restrizioni verticali²⁰³.

6.1. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(1)

Fra le principali preoccupazioni sotto il profilo antitrust vi è, innanzitutto, il rischio che gli accordi di commercializzazione prevedano la **fissazione dei prezzi**. Particolarmente problematici sotto questo profilo sono gli **accordi di commercializzazione limitati esclusivamente alla vendita in comune** che comportano di norma il coordinamento della politica di prezzo di imprese (produttori o fornitori) concorrenti. Gli accordi di commercializzazione potrebbero anche dar luogo a **limitazioni della produzione**, poiché le parti possono concordare il volume di prodotti da immettere sul mercato, riducendo l'offerta (e provocando, indirettamente, anche un aumento dei prezzi)²⁰⁴. Quando sono conclusi tra parti che operano in mercati geografici diversi o si rivolgono a diversi gruppi di clienti tali accordi possono, inoltre, essere utilizzati come **strumento per ripartire i mercati**. Gli accordi di commercializzazione possono, infine, condurre ad

Preoccupazioni concorrenziali

e **nuovi esempi relativi alle piattaforme online** (es. *media platforms*) per aggiornare la disciplina alla luce degli sviluppi dell'e-commerce e delle nuove modalità di distribuzione.

²⁰² LDO, § 317. Quando la commercializzazione in comune è legata ad altre forme di cooperazione a monte, come la produzione o l'acquisto in comune, ai fini dell'analisi dell'accordo occorrerà stabilire quale sia il suo 'centro di gravità' (cfr. LDO, §§ 6-8 e 320). Sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'articolo 101(1) TFUE gli accordi di commercializzazione dei prodotti agricoli (cfr. LDO, § 321).

²⁰³ LDO, §§ 318-319. **Gli accordi di distribuzione 'verticali', conclusi tra imprese non concorrenti, rientrano, invece, nell'ambito di applicazione del regolamento (UE) 2022/720** di esenzione per categoria degli accordi verticali (VBER) e sono valutati in base ai principi stabiliti negli Orientamenti sulle restrizioni verticali. **Sebbene il VBER non si applichi agli accordi tra concorrenti, un'eccezione è prevista per gli accordi di distribuzione tra concorrenti conclusi in uno scenario di c.d. *dual distribution*, in cui il fornitore di beni o servizi opera anche nel mercato a valle, in concorrenza con i suoi distributori indipendenti.** In tal caso, **l'accordo di distribuzione può beneficiare dell'esenzione prevista dal VBER e le LDO non si applicano**. Tali Linee Direttive restano tuttavia applicabili, insieme agli Orientamenti sulle restrizioni verticali, **agli scambi di informazioni tra il fornitore e i distributori che non sono direttamente connessi all'attuazione dell'accordo verticale o necessari per migliorare la produzione o la distribuzione dei beni o servizi oggetto del contratto** (cfr. art. 2, parr. 4-5, VBER).

²⁰⁴ Come specificato nel § 331 delle LDO, il rischio di limitazione della produzione è più contenuto nel caso di accordi di commercializzazione non esclusiva, in cui le parti restano libere di vendere prodotti al di fuori dell'accordo e soddisfare individualmente l'eventuale domanda supplementare.

esiti collusivi, in particolare quando comportano lo **scambio di informazioni** commercialmente sensibili o la **condivisione di fattori di costo**²⁰⁵.

Accordi generalmente non restrittivi Al contrario, le LDO indicano che sono generalmente improbabili problemi concorrenziali quando l'accordo di commercializzazione **consente ad una parte di entrare in un mercato che altrimenti non avrebbe raggiunto in modo indipendente** (ad esempio, grazie alla possibilità di beneficiare della rete distributiva/logistica dell'altra parte)²⁰⁶.

Restrizioni per oggetto

Come indicato nelle LDO, gli accordi di commercializzazione che sono funzionali alla creazione di un **cartello dissimulato** o che, comunque, comportano la fissazione dei prezzi, la limitazione della produzione o la ripartizione dei mercati costituiscono restrizioni della concorrenza per oggetto²⁰⁷. Queste restrizioni possono essere eccezionalmente giustificate solo nel caso in cui risultino accessorie ad un accordo principale che non rientra nel campo di applicazione dell'articolo 101(1) TFUE²⁰⁸.

Effetti restrittivi della concorrenza

Mercati rilevanti Anche qualora non abbia un oggetto anticoncorrenziale, un accordo di commercializzazione può comunque avere effetti restrittivi sulla concorrenza. Per valutare tali effetti, è importante considerare l'impatto dell'accordo sul comportamento concorrenziale delle parti non solo nei **mercati rilevanti direttamente interessati dalla cooperazione** (i.e. ai quali appartengono i prodotti oggetto dell'accordo e in cui le parti commercializzeranno insieme tali prodotti), ma anche nei **mercati secondari**, orizzontalmente o verticalmente collegati²⁰⁹.

Safe harbour per quota di mercato non superiore al 15% Poiché nel contesto di un accordo di commercializzazione le parti mettono in comune quelle attività connesse al mercato che hanno un impatto diretto sui loro clienti, tale impatto diretto aumenta il rischio di effetti anticoncorrenziali. Tuttavia, come per gli altri accordi di cooperazione orizzontale, di norma effetti restrittivi della concorrenza si producono solo se le parti detengono un certo grado di potere di mercato²¹⁰. Sotto questo profilo, le LDO stabiliscono un *safe harbour*, indicando che in generale la cooperazione non desta riserve sotto il profilo antitrust (o è comunque probabile che

²⁰⁵ LDO, §§ 322-325, 329-332, 336-338.

²⁰⁶ LDO, §§ 326-327.

²⁰⁷ LDO, §§ 328-332.

²⁰⁸ LDO, § 328.

²⁰⁹ LDO, § 334.

²¹⁰ LDO, § 335.

siano soddisfatte le condizioni per un'esenzione) **se la quota di mercato congiunta delle parti dell'accordo non supera il 15%** nel mercato o nei mercati in cui le stesse commercializzano congiuntamente i prodotti contrattuali²¹¹.

In generale, gli accordi di commercializzazione che non prevedono restrizioni per oggetto, possono avere effetti restrittivi sulla concorrenza se aumentano **la comunanza dei costi variabili delle parti ad un livello tale da rendere probabile un esito collusivo**. La condivisione dei costi variabili può aumentare il rischio di collusione soltanto se le parti hanno potere di mercato e i costi di commercializzazione condivisi (es. costi di distribuzione o di marketing) rappresentano una percentuale elevata dei costi variabili dei prodotti in questione²¹².

Per dare attuazione ad un accordo di commercializzazione in comune le parti devono spesso scambiarsi informazioni commercialmente sensibili, relative in particolare alla strategia di marketing o alla politica di prezzo. In tal caso, se lo scambio di informazioni non va al di là di quanto oggettivamente necessario per l'attuazione dell'accordo, i suoi effetti saranno valutati alla luce degli effetti complessivi dell'accordo di commercializzazione sulla concorrenza²¹³.

6.2. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(3)

Come per gli accordi di acquisto in comune, anche per gli accordi di commercializzazione non è prevista un'esenzione per categoria. Tuttavia, le LDO riconoscono che la cooperazione nella commercializzazione, e soprattutto nella distribuzione, dei prodotti può generare significativi guadagni di efficienza per le imprese interessate, specialmente per piccoli produttori o venditori al dettaglio indipendenti, consentendo di realizzare **economie di scala o di diversificazione, evitare duplicazioni di costi** o anche **controbilanciare il buyer power dei grandi acquirenti**. Gli accordi di commercializzazione possono inoltre contribuire a **ridurre dipendenze, carenze o interruzioni nelle catene di approvvigionamento**, come nel caso in cui, ad esempio, consentano l'ingresso in mercati che altrimenti le parti non avrebbero potuto raggiungere in modo indipendente²¹⁴.

**Condivisione
dei costi
variabili**

**Scambio di
informazioni
sensibili**

**Incrementi di
efficienza**

Gli incrementi di efficienza **devono essere il risultato di un'integrazione delle attività economiche delle parti** (es. sistemi logistici, risorse, strutture), non rilevando i risparmi derivanti esclusivamente dall'eliminazione di costi. L'onere di provare gli incrementi di

²¹¹ LDO, §§ 339-340.

²¹² LDO, §§ 336-337.

²¹³ LDO, § 338.

²¹⁴ LDO, § 341.

efficienza spetta alle parti, che, a tal fine, potranno ad esempio dimostrare che esse forniscono un rilevante contributo di capitale, tecnologia o altri attivi, oppure che realizzano un risparmio di costi evitando duplicazioni di risorse e strutture²¹⁵. Tuttavia, se la commercializzazione in comune consiste soltanto nella funzione di agenzia di vendita senza alcun investimento, è improbabile che soddisfi le condizioni di cui all'articolo 101(3).

Carattere indispensabile Quanto al carattere indispensabile delle restrizioni, come indicato nelle LDO, gli accordi che prevedono una fissazione dei prezzi o la compartimentazione del mercato, possono essere considerati indispensabili solo in circostanze eccezionali²¹⁶.

Trasferimento ai consumatori Gli incrementi di efficienza conseguiti tramite l'accordo di commercializzazione devono essere trasferiti ai consumatori in misura tale da controbilanciare gli effetti restrittivi, ad esempio mediante prezzi più bassi o prodotti di migliore qualità o varietà. Al riguardo, secondo le LDO, è più difficile che tale condizione sia soddisfatta in presenza di un elevato potere di mercato delle parti; per contro, se la quota di mercato congiunta delle parti non supera la soglia del 15%, gli eventuali guadagni di efficienza saranno molto probabilmente trasferiti ai consumatori in misura sufficiente²¹⁷.

Non eliminazione della concorrenza Resta fermo, infine, che l'esenzione potrà applicarsi solo qualora l'accordo non comporti l'eliminazione della concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti oggetto della cooperazione, tanto nei mercati rilevanti a cui tali prodotti appartengono quanto in eventuali mercati secondari²¹⁸.

6.3. Consorzi di offerta

Una delle novità della revisione del 2023 è stata l'inclusione nelle LDO di una specifica sezione dedicata ai c.d. *bidding consortia* o consorzi di offerta, ossia le situazioni in cui **due o più parti cooperano per presentare un'offerta congiunta nell'ambito di una gara d'appalto**.

Al riguardo le LDO chiariscono che tali forme di cooperazione, a prescindere dalla qualificazione giuridica²¹⁹, non generano di solito restrizioni della concorrenza ai sensi dell'articolo 101(1) se **consentono alle imprese di partecipare a progetti che non**

²¹⁵ LDO, § 342-343.

²¹⁶ LDO, § 344.

²¹⁷ LDO, §§ 344-345.

²¹⁸ LDO, § 346.

²¹⁹ La cooperazione nelle gare d'appalto può essere attuata mediante un consorzio/raggruppamento di imprese o mediante subappalto.

sarebbero in grado di intraprendere individualmente (ad es. per le dimensioni e la complessità del progetto o perché le parti forniscono servizi diversi e complementari ai fini della partecipazione alla gara). In tal caso, difatti, le parti non sono concorrenti, né effettivi né potenziali, per l'attuazione del progetto²²⁰.

Al contrario, un consorzio di offerta può restringere (per oggetto o per effetto) la concorrenza ai sensi dell'articolo 101(1) quando **anche solo una delle parti dell'accordo sia in grado di presentare un'offerta individualmente**. In particolare, se le parti sono capaci di partecipare autonomamente alla procedura di gara e non vi è un livello significativo di integrazione delle rispettive risorse e attività, un consorzio di offerta equivarrebbe, in linea di principio, ad una restrizione per oggetto, in quanto implica la fissazione dei prezzi tra concorrenti²²¹. Negli altri casi, in assenza di una restrizione per oggetto, per valutare gli effetti sulla concorrenza della presentazione di offerte congiunte occorre, secondo le LDO, far riferimento ad un **realistico scenario controllattuale** (i.e. come la concorrenza si concretizzerebbe nel modo più realistico in assenza dell'accordo di consorzio di offerta in questione²²²). Quanto agli **scambi di informazioni tra i membri del consorzio**, è precisato che soltanto le informazioni strettamente necessarie per la formulazione dell'offerta e per l'esecuzione del contratto dovrebbero essere condivise e che la diffusione delle informazioni dovrebbe comunque essere limitata al personale interessato in base alla loro 'necessità di sapere' (*need to know basis*)²²³.

Le LDO chiariscono inoltre la distinzione tra i consorzi di offerta e la **manipolazione delle gare d'appalto (c.d. bid rigging)**, che è una **forma di cartello** avente lo scopo di falsare la concorrenza nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalto. Diversamente dai consorzi di offerta, il *bid rigging* non comporta la partecipazione congiunta ad una procedura di gara, ma è, in genere, un accordo occulto o tacito tra i potenziali partecipanti volto a coordinare le loro decisioni apparentemente indipendenti in

Consorti di
offerta vs
bid rigging

²²⁰ LDO, § 352. **Al fine di stabilire se le parti possano partecipare individualmente alla procedura di gara e siano quindi concorrenti**, non è sufficiente la semplice possibilità teorica di effettuare l'attività contrattuale (secondo le prescrizioni previste dal disciplinare di gara) in maniera autonoma, ma occorre valutare **se ciascuna parte sia realisticamente in grado di completare l'appalto autonomamente, tenendo conto di fattori quali, ad esempio, le dimensioni e le capacità dell'impresa, il livello di rischio finanziario del progetto e il livello di investimenti necessari per la sua realizzazione**. È tuttavia precisato che, quando la procedura di gara prevede la possibilità di presentare offerte per parti dell'appalto (lotti), le **imprese che hanno la capacità di presentare offerte per uno o più lotti sono considerate concorrenti, anche qualora non siano in grado di presentarle per l'intero appalto** (cfr. LDO, §§ 353-354).

²²¹ LDO, § 357(a). Nello stesso paragrafo, alla lettera b), viene precisato **che il semplice fatto che il consorzio di offerta sia composto da più parti rispetto a quanto necessario per la partecipazione alla gara non è di per sé sufficiente per ritenere esistente una restrizione per oggetto**.

²²² LDO, § 357(c).

²²³ LDO, § 357(d).

Benefici per
imprese e
consumatori

European Data
Strategy

relazione alla procedura gara (es. il contenuto delle rispettive offerte) al fine di influenzarne l'esito²²⁴. Le LDO riconoscono che, tuttavia, può essere in concreto difficile distinguere un accordo illecito di questo tipo da forme legittime di offerta congiunta, in particolare in caso di subappalto, ed indicano che, ad esempio, il **subappalto reciproco** tra due offerenti, consentendo a ciascuno di venire a conoscenza dell'offerta finanziaria dell'altro, può costituire un **indizio di collusione**²²⁵.

7. SCAMBIO DI INFORMAZIONI

La divulgazione e lo scambio di informazioni tra imprese, con il conseguente aumento della trasparenza del mercato, hanno, nella maggior parte dei casi, un impatto positivo sulla struttura concorrenziale del mercato e possono determinare efficienze di vario tipo, a beneficio sia delle imprese che dei consumatori.

European Data Strategy

La condivisione di informazioni può, infatti, consentire **alle imprese** di conoscere i *trend* di mercato e l'andamento della domanda e **adattare** di conseguenza, le **proprie strategie commerciali, ottimizzare la produzione e l'allocazione delle risorse**, riducendo i costi, risolvere asimmetrie informative, **migliorare la propria efficienza interna**, confrontando i propri processi e le proprie *performance* con le *best practices* applicate da altre imprese (i.e **benchmarking**). Negli ultimi anni la **condivisione dei dati** è stata peraltro fortemente incoraggiata sul piano politico dalla stessa Commissione europea nell'ambito della c.d. **European Data Strategy**, che enfatizza il ruolo chiave dei dati per migliorare i processi decisionali in qualsiasi contesto, ad esempio attraverso tecniche di analisi dei *big data* e *machine learning*, o per sviluppare migliori e/o nuovi prodotti o servizi o addestrare algoritmi su una base più ampia e significativa. Gli scambi di informazioni possono inoltre generare **benefici diretti per i consumatori, riducendo i costi di ricerca e migliorando la scelta**²²⁶.

Al contempo, un principio chiave della concorrenza è che le imprese devono agire in maniera indipendente sul mercato. Sebbene non impedisca loro di adattarsi in maniera intelligente alla condotta dei concorrenti, tale principio vieta, tuttavia, alle imprese qualsiasi contatto diretto o indiretto idoneo ad influenzare la strategia commerciale dei concorrenti o a rivelare ai concorrenti il comportamento che si intende tenere sul mercato, alterando le dinamiche concorrenziali²²⁷. Questo spiega perché gli scambi di

²²⁴ LDO, §§ 348-349.

²²⁵ LDO, § 349, ove si precisa che ciò non implica una presunzione generale che il subappalto tra offerenti che partecipano alla stessa procedura costituisca una collusione tra le imprese interessate.

²²⁶ cfr. LDO, § 373.

²²⁷ cfr. LDO, § 374.

informazioni commercialmente sensibili rappresentino tradizionalmente uno degli ambiti più delicati delle relazioni tra imprese concorrenti, ove è spesso estremamente difficile tracciare il confine tra scambi di informazioni legittimi e condotte vietate. Non a caso il capitolo delle LDO dedicato allo scambio di informazioni è stato modificato in maniera significativa²²⁸, anche nella sua struttura, in occasione della revisione del 2023, con l'obiettivo di aumentare la certezza giuridica e agevolare il *self-assessment*, oltre che per recepire la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia²²⁹ e tener conto di sviluppi tecnologici e di mercato legati alla trasformazione digitale, quali l'utilizzo degli algoritmi, le piattaforme online e la condivisione dei dati in *data pool*.

²²⁸ Allo scambio di informazioni è dedicato il **capitolo 6 delle LDO** (§§ 366-433). Le **principal modifiche** apportate al capitolo sullo scambio di informazioni in seguito alla revisione del 2023 hanno riguardato: (i) l'ampliamento delle linee guida esistenti e l'introduzione di nuovi orientamenti in relazione ad una serie di aspetti, quali: gli **scambi di informazioni nel contesto di altri accordi, di procedure di concentrazione o nel contesto di iniziative regolatorie**; gli **scambi indiretti di informazioni**, compresi gli scenari **hub-and-spoke** e gli scambi mediante **algoritmi di ottimizzazione condivisi**; la **divulgazione unilaterale** tramite annunci pubblici; i **data pool** e la **condivisione dei dati** (*data sharing*); (ii) l'introduzione di orientamenti ulteriori sui concetti chiave e sul quadro di valutazione delle informazioni commercialmente sensibili e l'**ampliamento della gamma delle restrizioni per oggetto**, con ulteriori esempi di scambi di informazioni restrittivi; (iii) l'introduzione di indicazioni sulle **misure che le imprese possono adottare per limitare i rischi di violazioni** nel contesto dello scambio di informazioni (es. **clean teams**, trustee indipendenti ecc.) e per distanziarsi dagli scambi di informazioni illeciti.

²²⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 19 marzo 2015, C-286/13 P, *Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Commissione*; sentenza del 20 gennaio 2016, C-373/14 P, *Toshiba Corporation/ Commissione*; sentenza del 21 gennaio 2016, C-74/14, *Eturas e a.*; sentenza del 21 luglio 2016, C- 542/14, *VM Remonts e a.*; sentenza del 26 gennaio 2017, C-609/13, *Duravit e a./Commissione*; sentenza del 26 settembre 2018, C- 98/17, *Philips e Philips France/Commissione*; sentenza del 12 gennaio 2023, C-883/19 P, *HSBC Holdings e a./Commissione*. Cfr., inoltre, Tribunale UE, sentenza del 5 dicembre 2016, T-762/14, *Philips e Philips France/Commissione*; sentenza del 7 novembre 2019, T-240/17, *Campine e Campine Recycling/Commissione*; sentenza dell'8 luglio 2020, T-758/14 RENV, *Infineon Technologies/Commissione*; sentenza del 2 febbraio 2022, T-799/17, *Scania/Commissione*.

Commento

Le LDO del 2023 hanno avuto, in particolare, l'ambizione di fornire un quadro analitico generale per l'applicazione dell'articolo 101 TFUE a qualsiasi tipo di informazioni, sia allo scambio di informazioni commercialmente sensibili che alla condivisione dei dati (data sharing) e ai pool di dati. Come evidenziato durante il processo di revisione (cfr. Consultazioni Assonime n.7/2022), a nostro avviso, al fine di garantire un migliore coordinamento della politica di concorrenza con la Strategia europea per i dati la Commissione avrebbe dovuto tenere in maggiore considerazione la diversa natura dei dati condivisi. Nel contesto più ampio della trasformazione digitale, la condivisione dei dati (incentivata da iniziative legislative come il Data Act) riguarda dati estremamente eterogenei, compresi dati relativi a fenomeni fisici, come il tempo, la temperatura, la densità, il livello di inquinamento, le emissioni di CO₂ o dati relativi alla mobilità, alla congestione del traffico e così via. Diversamente dalle informazioni commercialmente sensibili, tali dati, che non incidono sul comportamento strategico delle imprese, da un punto di vista economico vanno considerati alla stregua di un qualsiasi altro input produttivo e, in questa prospettiva, i data pool sono assimilabili alla cooperazione fra imprese in materia di produzione o di R&S più che ad uno scambio di informazioni. La principale preoccupazione concorrenziale in questi casi non è, difatti, il rischio di collusione, ma il rischio che venga precluso l'accesso ad un input potenzialmente importante per competere sul mercato (foreclosure). Pertanto, le nuove LDO avrebbero potuto distinguere in maniera più netta (ad esempio in sezioni o capitoli separati) le due categorie di dati, al fine di favorire la certezza giuridica ed evitare il rischio di ingenerare confusione e scoraggiare indebitamente la condivisione di dati non commercialmente sensibili, in contrasto con gli obiettivi della Strategia europea per i dati

7.1. Definizione e ambito di applicazione

Nozione

Nelle LDO del 2023, la Commissione ha scelto di adottare una **nozione onnicomprensiva di 'scambio di informazioni'**, che include lo scambio di qualsiasi tipo di dati/informazioni ossia: (i) **dati grezzi**; (ii) dati **pretrattati**; (iii) dati che sono stati **manipolati per produrre informazioni significative** di qualsiasi forma; (iv) **qualsiasi altro tipo di informazione** (anche informazioni non digitali). Rientra, dunque, nell'ambito di applicazione delle LDO sia la condivisione fisica di informazioni che la condivisione digitale di dati tra concorrenti effettivi o potenziali.

Possibili scenari

È possibile distinguere diversi scenari in cui le informazioni possono essere scambiate. Innanzitutto, imprese concorrenti possono scambiarsi informazioni **direttamente** (a livello bilaterale o multilaterale, o sotto forma di pubblicazione unilaterale) oppure

indirettamente, attraverso un'agenzia comune (es. associazione di categoria) o tramite un soggetto terzo (es. un organismo di ricerca di mercato, un cliente o fornitore comune delle parti). Anche il **contesto in cui avviene lo scambio** di informazioni può essere diverso. In alcuni casi, il principale obiettivo dei contatti fra i concorrenti è proprio lo scambio di dati, in altri casi la condivisione di informazioni può avvenire nell'ambito di un più ampio accordo di cooperazione orizzontale (es. la condivisione tra le parti di un accordo di produzione in comune di informazioni sui costi), di un accordo verticale, di un'operazione di concentrazione oppure nel contesto di iniziative di regolamentazione. Rispetto alle precedenti, le LDO del 2023 spiegano con maggiore dettaglio come dovranno essere valutati gli scambi di informazioni in questi casi.

(i) *Scambio di informazioni nel contesto di...*

Quando le informazioni sono scambiate nel contesto di un altro accordo di cooperazione orizzontale (ad es. un accordo di R&S, di acquisto, produzione o commercializzazione in comune o di standardizzazione), la regola di base è che **lo scambio di informazioni, se non va al di là di quanto necessario per attuare l'accordo di cooperazione ed è proporzionato ai suoi obiettivi**, non è valutato separatamente, ma – alla stregua di una restrizione accessoria – **è valutato alla luce degli effetti complessivi di tale accordo**. Pertanto, uno scambio di informazioni (necessario e proporzionato) accessorio ad un accordo di cooperazione legittimo non ricadrà, a sua volta, nell'ambito di applicazione del divieto di cui 101(1)²³⁰.

...un altro
accordo di
cooperazione
orizzontale

Quando le informazioni sono condivise nell'ambito di un processo di acquisizione, lo scambio di informazioni può ricadere nell'ambito di applicazione del regolamento (CE) n. 139/2004 (Concentrazioni) se direttamente connesso e necessario alla realizzazione dell'acquisizione²³¹. Le LDO precisano che la valutazione deve essere effettuata durante l'intero processo di acquisizione, in quanto ciò che è direttamente connesso e necessario alla realizzazione dell'acquisizione può dipendere dalla fase in cui si trova tale processo.

...una
concentrazione

²³⁰ LDO, § 369. Al contrario, **se lo scambio di informazioni va oltre quanto necessario per l'attuazione dell'accordo di cooperazione o non è proporzionato agli obiettivi di tale accordo** (o se costituisce l'oggetto principale di tale cooperazione), **i suoi effetti sulla concorrenza dovranno essere valutati autonomamente. I principi per la valutazione dello scambio di informazioni nel contesto degli altri accordi di cooperazioni sono ribaditi nei capitoli delle LDO dedicati a tali accordi**: cfr. §§ 152-153 (per gli accordi di R&S), §§ 244-245 (per gli accordi di produzione), § 301 (per accordi di acquisto in comune), § 338 (per gli accordi di commercializzazione).

²³¹ LDO, § 371. Cfr. comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle concentrazioni.

... iniziative di regolamentazione

Le LDO chiariscono che **la circostanza che le imprese siano incoraggiate per legge** (es. dalla normativa ambientale) o dalle autorità pubbliche **a condividere informazioni con altre imprese non vale ad escludere l'applicabilità dell'articolo 101**, nella misura in cui esse dispongano di un potere discrezionale nel decidere quali informazioni condividere. In tal caso, le imprese dovrebbero limitare la condivisione di informazioni a quanto richiesto dal regolamento applicabile e adottare **misure precauzionali per evitare di condividere informazioni sensibili** dal punto di vista commerciale.

... un accordo verticale

Lo scambio di informazioni tra un fornitore e un distributore nel contesto di un accordo verticale può generalmente beneficiare dell'esenzione prevista dal regolamento (UE) 2022/720 di esenzione per categoria degli accordi verticali (VBER)²³². Un approccio più rigido è adottato per gli **scambi di informazioni negli scenari di dual distribution** (i.e. quando il fornitore vende anche direttamente ai consumatori finali, in concorrenza con i propri distributori) che possono beneficiare dell'esenzione solo **a condizione che le informazioni scambiate siano direttamente connesse all'attuazione dell'accordo verticale e necessarie per migliorare la produzione o la distribuzione dei beni/servizi oggetto del contratto**²³³.

(ii) Scambi di informazioni diretti vs. scambi di informazioni indiretti

Scambi di informazioni diretti

Le imprese concorrenti possono scambiarsi direttamente informazioni commercialmente sensibili a livello bilaterale o multilaterale. Le nuove LDO precisano che l'articolo 101 TFUE è applicabile anche agli accordi di condivisione dei dati ('*data sharing*'), in base ai quali due o più concorrenti forniscono dati ad una banca dati comune e ottengono l'accesso ad alcuni o a tutti i dati forniti da altri concorrenti.

Divulgazione unilaterale

In alcune circostanze, tuttavia, anche una divulgazione unilaterale di informazioni **può configurare una pratica concordata** che rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 101, i.e. se **il concorrente che riceve le informazioni divulgate le abbia richieste o quanto meno accettate, abbia agito sul mercato in seguito a tale divulgazione** e vi sia un **nesso causale** tra la divulgazione e il successivo comportamento del concorrente sul mercato²³⁴.

²³² LDO, § 370.

²³³ Cfr. VBER, art. 4(5). Al contrario, **se le informazioni scambiate in un contesto di dual distribution non sono direttamente collegate all'attuazione dell'accordo verticale o non sono necessarie per migliorare la produzione o la distribuzione dei beni/servizi oggetto del contratto, lo scambio di informazioni dovrà essere valutato individualmente ai sensi dell'articolo 101, sulla base dei principi stabiliti nelle LDO.**

²³⁴ LDO, § 395.

Le LDO del 2023 contengono al riguardo indicazioni aggiornate per tener conto sia di alcuni sviluppi tecnologici, come il ricorso a strumenti algoritmici, sia dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, con particolare riguardo ai principi enunciati nella sentenza *Eturas*²³⁵.

Anzitutto, nell'elencare in via esemplificativa le modalità attraverso cui può avvenire una divulgazione unilaterale, le LDO fanno riferimento, oltre che a telefonate, riunioni, messaggi (chat), e-mail, anche all'inserimento di dati in uno strumento algoritmico condiviso²³⁶.

È quindi indicato che, **quando, durante una riunione o altro contatto, un'impresa riceve informazioni commercialmente sensibili** da un concorrente **si presume che ne terrà conto** e che adatterà di conseguenza il proprio comportamento sul mercato. L'impresa può, tuttavia, evitare tale presunzione prendendo pubblicamente le distanze (ad esempio, dichiarando in modo chiaro che non desidera ricevere tali informazioni) oppure denunciando lo scambio alle autorità amministrative²³⁷.

Principio

Secondo le LDO è, ad esempio, probabile che, anche in assenza di un accordo esplicito sui prezzi, rientrino nell'ambito di applicazione dell'articolo 101(1): (i) la partecipazione ad una riunione in cui un'impresa rivela le sue intenzioni in merito ai prezzi ai concorrenti, senza che questi prendano le distanze pubblicamente; (ii) l'inserimento di una **regola in materia di fissazione dei prezzi in uno strumento algoritmico condiviso**²³⁸.

Al contrario, il mero **invio di un'e-mail alla mail box personale di dipendenti** di altre imprese non indica, di per sé, che i destinatari avrebbero dovuto essere a conoscenza del suo contenuto. Soltanto in presenza di **altri indizi oggettivi e concordanti**, tale invio può dare fondamento ad una presunzione (relativa) che i destinatari ne fossero a conoscenza, ferma restando la possibilità di confutare la presunzione (ad es. dimostrando di non aver ricevuto il messaggio, di non aver consultato la casella di posta o di averla consultata solo dopo un certo lasso di tempo dalla data di invio)²³⁹.

Invio di una e-mail

Infine, come chiarito nelle LDO, non può escludersi a priori che anche una **divulgazione al pubblico di informazioni sensibili** (ad es. mediante un **annuncio**, un **post su un sito web**, una **dichiarazione in un evento pubblico** o su un giornale) possa configurare una

Divulgazione al pubblico

²³⁵ Corte di giustizia, sentenza del 21 gennaio 2016, causa C-74/14, *Eturas*.

²³⁶ LDO, § 396.

²³⁷ Cfr. C-74/14, *Eturas*, cit., punti 46-48.

²³⁸ LDO, § 397.

²³⁹ LDO, § 397. Cfr. C-74/14, *Eturas*, cit., punti 39-41.

pratica concordata e rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 101²⁴⁰. In linea di principio, rendere di dominio pubblico determinate informazioni può aiutare i clienti a compiere decisioni di acquisto informate. Ad esempio, la pubblicità dei prezzi (al dettaglio) correnti dei carburanti da parte dei gestori delle stazioni di servizio oppure dei prezzi dei generi alimentari da parte di venditori al dettaglio avvantaggia i consumatori, aiutandoli a confrontare le offerte dei diversi gestori/venditori prima di effettuare l'acquisto (anche se tale pubblicità, al tempo stesso, consente ad altre imprese di venire a conoscenza dei prezzi praticati dai concorrenti). Tuttavia, la comunicazione al pubblico potrebbe anche rappresentare un canale utilizzato dalle imprese per segnalare ai concorrenti intenzioni future di comportamento sul mercato o per attuare o monitorare un accordo collusivo sottostante²⁴¹.

Al riguardo, le LDO distinguono, in particolare, le comunicazioni relative a prezzi futuri rivolte ai clienti che impegnano l'impresa nei loro confronti (es. un annuncio circa la decisione di modificare i prezzi a partire da una certa data) dagli annunci di intenzioni relative a future politiche di fissazioni dei prezzi: mentre le prime possono generare incrementi di efficienza, aiutando i clienti a compiere scelte di acquisto informate, i secondi, non vincolando l'impresa e potendo facilitare la collusione, non creano in genere vantaggi per i consumatori²⁴². Una divulgazione pubblica che **non vada chiaramente a vantaggio dei consumatori**, ma che **segnerà ai concorrenti le intenzioni future dell'impresa in merito a parametri chiave della concorrenza** (es. prezzi o quantità) può essere considerata una **restrizione per oggetto**²⁴³.

La nuova versione delle LDO contiene indicazioni più dettagliate con riguardo ai casi in cui lo scambio di informazioni commercialmente sensibili tra concorrenti avvenga **indirettamente, attraverso soggetti terzi**. Una prima novità significativa è che, nel novero dei terzi che potrebbero fare da tramite per lo scambio di informazioni, le LDO includono non solo un'**agenzia comune** (es. associazione di categoria), un **organismo di ricerca di mercato**, un **fornitore** o un **cliente comune**, ma anche una **piattaforma online** oppure un **algoritmo condiviso**²⁴⁴.

²⁴⁰ Anche in questo caso, affinché sia configurabile una pratica concordata, le autorità di concorrenza dovranno dimostrare che i concorrenti abbiano richiesto le informazioni o le abbiano accettate, mentre potranno presumere che i concorrenti ne tengano conto per determinare il proprio comportamento sul mercato, salvo che questi se ne distanzino pubblicamente o segnalino la divulgazione alle autorità competenti.

²⁴¹ LDO, § 398.

²⁴² LDO, §§ 399-400.

²⁴³ LDO, § 416.

²⁴⁴ LDO, § 401.

Scambi di informazioni c.d. hub & spoke

Algoritmo di ottimizzazione condiviso

Responsabilità per la violazione dell'art. 101

Le LDO distinguono, in particolare, **due diversi scenari** di scambio indiretto di informazioni:

- gli **scambi c.d. hub-and-spoke**, in cui: (i) un **fornitore/distributore comune** funge da fulcro (*hub*) nel trasmettere informazioni a più distributori/fornitori (*spokes*) in concorrenza tra loro; (ii) una **piattaforma online** funge da *hub* consentendo, facilitando o coordinando la condivisione di informazioni tra utenti commerciali della piattaforma tra loro concorrenti.
- le informazioni sono scambiate attraverso un **algoritmo di ottimizzazione condiviso** che prende decisioni commerciali sulla base di flussi di dati commercialmente sensibili provenienti dai concorrenti. La Commissione avverte che, benché sia consentito utilizzare dati pubblicamente disponibili per alimentare il software algoritmico, l'aggregazione di informazioni sensibili in uno strumento di fissazione dei prezzi offerto da un'unica impresa informatica a cui vari concorrenti hanno accesso potrebbe costituire una collusione orizzontale²⁴⁵.

In questi scenari, per stabilire se lo scambio configuri un accordo o una pratica concordata anticoncorrenziale e **individuare chi sia responsabile** per la violazione dell'articolo 101(1), occorre analizzare caso per caso il **ruolo di ciascuno dei partecipanti** (i.e. l'impresa che condivide le informazioni sensibili con il terzo, il terzo che agevola o attua lo scambio, i concorrenti che ricevono tali informazioni dal terzo). Il **criterio principale**, a tal fine, è il **livello di consapevolezza degli obiettivi anticoncorrenziali** dello scambio di informazioni e l'intenzione di contribuirvi con il proprio comportamento. Più in dettaglio:

- **l'impresa che condivide le informazioni sensibili con il terzo** può essere ritenuta responsabile ai sensi dell'articolo 101, quando: (ii) ha concordato (in modo espresso o tacitamente) con il terzo che quest'ultimo condividesse tali informazioni con imprese concorrenti; (ii) intendeva, tramite il terzo, divulgare informazioni sensibili ai suoi concorrenti, oppure (ii) avrebbe potuto ragionevolmente prevedere che il terzo lo avrebbe fatto ed era disposta ad accettarne il rischio;
- **l'impresa concorrente che riceve le informazioni sensibili dal terzo** può essere ritenuta responsabile di una violazione dell'articolo 101, se era a conoscenza degli

²⁴⁵ LDO, § 402.

- obiettivi anticoncorrenziali perseguiti dall'impresa che ha condiviso le informazioni e dal terzo e intendeva contribuirvi con il proprio comportamento²⁴⁶;
- il **terzo che facilita lo scambio** può essere, a sua volta, ritenuto responsabile se era a conoscenza del comportamento illecito delle altre imprese (o avrebbe potuto ragionevolmente prevederlo e ne ha accettato il rischio) e ha inteso contribuire con la propria condotta agli obiettivi anticoncorrenziali dello scambio di informazioni²⁴⁷.

7.2. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(1)

Rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 101(1) soltanto gli scambi di informazioni che costituiscono (o sono parte di) un accordo tra imprese, una pratica concordata o una decisione di un'associazione di imprese²⁴⁸.

Preoccupazioni concorrenziali Gli scambi di informazioni possono restringere la concorrenza principalmente in due modi: (i) agevolando un esito collusivo sul mercato; (ii) determinando un effetto di *foreclosure* nei confronti dei concorrenti che non partecipano allo scambio di informazioni.

- Esito collusivo**
- **Esito collusivo.** Lo scambio di informazioni commercialmente sensibili può aumentare artificiosamente la trasparenza tra imprese concorrenti nel mercato e, quindi, facilitare la collusione, consentendo alle stesse di coordinare il proprio comportamento. Tale esito collusivo può essere favorito in tre modi dagli scambi di informazioni che, secondo le LDO, possono: (i) fornire di per sé la base su cui le imprese potranno, anche in assenza di un accordo esplicito, **raggiungere un'intesa comune** per coordinare il loro rispettivo comportamento sul mercato; (ii) aumentare la **stabilità interna di un'intesa collusiva**, consentendo alle imprese di monitorare ed identificare eventuali deviazioni (di alcune delle parti) dall'equilibrio collusivo esistente e applicare, quindi, misure di ritorsione; (iii) proteggere la **stabilità esterna di un'intesa collusiva**, consentendo alle imprese di monitorare eventuali tentativi di ingresso sul mercato da parte di nuovi concorrenti e adottare azioni mirate nei loro confronti per impedirli²⁴⁹.

²⁴⁶ LDO, § 403. Si presume che l'impresa concorrente tenga conto delle informazioni ricevute, adeguando di conseguenza il proprio comportamento sul mercato, salvo che se ne distanzi pubblicamente o segnali la divulgazione alle autorità.

²⁴⁷ LDO, § 404.

²⁴⁸ LDO, § 375.

²⁴⁹ LDO; §§ 377-380.

- **Foreclosure anticoncorrenziale.** Gli scambi di informazioni commercialmente sensibili possono inoltre determinare effetti di *foreclosure nello stesso mercato in cui avviene lo scambio di informazioni o in un mercato collegato*. Nel primo caso, ciò può verificarsi quando le informazioni scambiate sono strategicamente rilevanti per competere sul mercato e i concorrenti che non partecipano allo scambio vengono a trovarsi in una posizione di considerevole svantaggio concorrenziale rispetto alle imprese partecipanti. La seconda situazione può verificarsi quando, ad esempio, imprese integrate verticalmente, che hanno acquisito potere di mercato grazie allo scambio di informazioni in un mercato a monte, sono in grado di aumentare il prezzo di un input essenziale per un mercato a valle, aumentando di conseguenza i costi dei propri concorrenti a valle²⁵⁰.

Foreclosure anti-concorrenziale

Il rischio di *foreclosure* è anche la principale preoccupazione concorrenziale sollevata da iniziative di ***data sharing (condivisione dei dati)***. Al riguardo, le LDO del 2023 precisano che tali iniziative possono determinare effetti di *foreclosure* (o ostacolare l'ingresso di nuovi operatori sul mercato) se i ***dati condivisi sono di importanza strategica, riguardano un'ampia quota del mercato e l'accesso dei concorrenti ai dati condivisi è impedito***. In particolare, secondo le LDO, la valutazione degli effetti sulla concorrenza di ***banche dati condivise*** dipenderà dalla posizione di mercato delle parti, dalle caratteristiche della banca dati (es. finalità, condizioni di accesso) e dalla natura dei dati scambiati (es. dati pubblici o riservati, aggregati o dettagliati, storici, attuali o futuri). I rischi per la concorrenza saranno minori quando ***l'accesso alla banca dati è consentito a tutte le imprese concorrenti attive sul mercato rilevante a condizioni eque, oggettive, trasparenti e non discriminatorie***²⁵¹.

Banche dati condivise

Restrizioni per oggetto

Mentre nelle precedenti linee guida soltanto gli scambi di informazioni disaggregate riguardanti prezzi e quantità futuri erano qualificati come restrizioni per oggetto, le LDO del 2023 estendono notevolmente i confini del c.d. *object box* per gli scambi di informazioni.

È indicato che uno scambio di informazioni sarà considerato una restrizione della concorrenza per oggetto **'quando le informazioni sono sensibili da un punto di vista commerciale e lo scambio è idoneo ad eliminare le incertezze tra i partecipanti in**

Principio

²⁵⁰ LDO, §§ 381-383.

²⁵¹ LDO, § 383.

Esempi di restrizioni per oggetto

relazione al momento, alla portata e alle modalità dell'adeguamento che le imprese interessate devono effettuare nel loro comportamento sul mercato²⁵².

Sebbene sia opportunamente ribadito che, nello stabilire se uno scambio di informazioni sia restrittivo per oggetto, la Commissione terrà conto del contesto giuridico ed economico in cui avviene lo scambio e che lo **scambio di informazioni sulle intenzioni future dei concorrenti in relazione ai prezzi o alle quantità** ha particolari probabilità di condurre ad un esito collusivo, le LDO forniscono un **elenco (non esaustivo) di ulteriori esempi** di scambi di informazioni che possono costituire restrizioni per oggetto. In particolare, possono essere considerati restrittivi per oggetto gli scambi con i concorrenti di informazioni relative a: (a) **prezzi correnti o futuri**; (b) **capacità produttive correnti e future**; (c) **strategia commerciale corrente e futura**; (d) previsioni in materia di domanda attuale e futura; (e) previsioni in merito ai dati sulle vendite future; (f) caratteristiche future di prodotti rilevanti per i consumatori²⁵³. Le LDO chiariscono che, affinché lo scambio costituisca una restrizione per oggetto, **non è richiesto alcun nesso diretto tra le informazioni scambiate e i prezzi al consumo e non è rilevante la frequenza dei contatti** tra i concorrenti²⁵⁴.

Commento

Nel tentativo di semplificare l'analisi e assicurare maggiore certezza giuridica, le LDO del 2023 finiscono per porre un'enfasi eccessiva sull'elenco delle restrizioni per oggetto, esteso peraltro ad un'ampia e incerta gamma di scambi di informazioni, e per rendere, in tal modo, il quadro di analisi meno chiaro, irrigidendo la valutazione ai sensi dell'articolo 101(1) che dovrebbe basarsi, come regola generale, sull'analisi controfattuale degli effetti dello scambio di informazioni (i.e. sul confronto tra lo scenario concorrenziale del mercato con e senza quel determinato scambio di informazioni).

Uno scambio di informazioni tra concorrenti può essere considerato un **vero e proprio cartello** se ha l'obiettivo di coordinare il loro comportamento concorrenziale sul mercato o di influenzare i pertinenti parametri della concorrenza, e in particolare quando riguarda *'la fissazione o il coordinamento dei prezzi di acquisto o di vendita o di altre condizioni di transazione, anche in relazione ai diritti di proprietà intellettuale, l'allocazione di quote di*

²⁵² LDO, § 413. Le LDO recepiscono il principio enunciato nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia: cfr. Corte di Giustizia, causa C-286/13, *Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Commissione*, par. 122; causa C-8/08, *T-Mobile Netherland BV e altri*, par. 41; causa C-883/19, *HSBC Holdings e a./Commissione*, parr. 115-116.

²⁵³ Ad esempio, come indicato nelle LDO, uno **scambio di informazioni relativo alle future caratteristiche ambientali di prodotti esistenti o in via di sviluppo** può essere considerato una restrizione della concorrenza per oggetto se induce i concorrenti a raggiungere un'intesa comune per non commercializzare prodotti più rispettosi dell'ambiente rispetto a quanto richiesto dalla legge, limitando in tal modo la concorrenza in merito alle caratteristiche dei prodotti e la scelta dei consumatori.

²⁵⁴ LDO, §§ 414-415.

produzione o di vendita, la ripartizione di mercati e clienti, tra l'altro mediante la manipolazione di gare d'appalto, le restrizioni delle importazioni o delle esportazioni o azioni anticoncorrenziali dirette contro altre imprese concorrenti'. In tali casi, gli scambi di informazioni non solo restringono la concorrenza per oggetto ai sensi dell'articolo 101(1) TFUE, ma è anche improbabile che soddisfino le condizioni per l'esenzione ai sensi dell'articolo 101(3)²⁵⁵. Come ricordato nelle LDO, gli scambi di informazioni possono dar luogo, di per sé, ad una violazione stand-alone dell'articolo 101(1) oppure possono essere utilizzati per sostenere o facilitare l'attuazione o il funzionamento di un cartello e, in tal caso, saranno valutati come parte del cartello.

È, infine, importante che le LDO precisino che uno scambio di informazioni non potrà essere qualificato come restrizione per oggetto, ma sarà necessaria una valutazione completa dei suoi effetti, in presenza di **effetti favorevoli alla concorrenza 'dimostrati, pertinenti, propri dello scambio di informazione'** di cui trattasi e sufficientemente rilevanti da consentire di dubitare ragionevolmente del carattere sufficientemente dannoso per la concorrenza dello scambio in questione²⁵⁶.

Effetti restrittivi della concorrenza

Fuori dall'ambito delle restrizioni per oggetto, gli scambi di informazioni dovranno essere valutati **caso per caso nel loro contesto di mercato** al fine di stabilire se abbiano effetti (reali o potenziali) restrittivi della concorrenza (i.e. siano idonei a determinare un esito collusivo o una preclusione anticoncorrenziale) sulla base di **un'analisi controllattuale** (i.e. confrontando gli effetti dello scambio di informazioni sul mercato con la situazione concorrenziale che prevarrebbe in assenza di tale specifico scambio).

Le LDO indicano che, affinché uno scambio di informazioni abbia effetti restrittivi della concorrenza ai sensi dell'articolo 101(1), deve essere **probabile** che lo scambio abbia **un impatto negativo apprezzabile su uno (o più) dei parametri di concorrenza, quali prezzi, quantità, qualità, varietà dei prodotti o innovazione**²⁵⁷.

Tale probabilità di effetti restrittivi dipende dalle caratteristiche del mercato²⁵⁸ e dal cambiamento nei livelli di trasparenza indotto dallo scambio di informazioni, dalla posizione di mercato delle imprese partecipanti allo scambio (che devono coprire una

²⁵⁵ LDO, § 417.

²⁵⁶ LDO, § 419.

²⁵⁷ LDO, §§ 420-421.

²⁵⁸ LDO, § 412.

quota sufficientemente ampia del mercato rilevante), dalla natura delle informazioni scambiate e dalle caratteristiche dello scambio²⁵⁹.

(i) *Caratteristiche del mercato rilevante*

Un esito collusivo o effetti di *foreclosure* sono più probabili quando le imprese si scambiano informazioni in un mercato sufficientemente **trasparente**²⁶⁰, **concentrato**²⁶¹, **non complesso, stabile**²⁶² e **simmetrico**²⁶³. Nel valutare le caratteristiche del mercato, occorre tener conto non solo della situazione iniziale nel mercato, ma anche delle modifiche che lo scambio di informazioni può determinare alle sue caratteristiche.

Inoltre, affinché uno scambio di informazioni possa avere effetti restrittivi sulla concorrenza, le imprese coinvolte nello scambio devono rappresentare una **quota sufficientemente ampia del mercato rilevante**, altrimenti i concorrenti che non partecipano allo scambio potrebbero disciplinare eventuali comportamenti anticoncorrenziali delle imprese partecipanti (ad es. fissando i prezzi al di sotto del livello concordato e minacciando, così, la stabilità di un esito collusivo).

²⁵⁹ LDO, §§ 422-424.

²⁶⁰ Il **livello di trasparenza** di un mercato **dipende da fattori quali il numero di concorrenti e la natura delle transazioni** (es. pubbliche o private, bilaterali o multilaterali etc.). La trasparenza del mercato può facilitare esiti collusivi. Occorre, tuttavia, considerare **sia i livelli preesistenti di trasparenza che la trasparenza conseguita mediante lo scambio di informazioni**: uno scambio di informazioni che contribuisce poco alla trasparenza di un mercato ha meno probabilità di avere effetti restrittivi rispetto ad uno scambio di informazioni che aumenta significativamente la trasparenza (cfr. LDO, § 424)

²⁶¹ Gli scambi di informazioni sono **più problematici in mercati fortemente concentrati o oligopolistici** rispetto a mercati frammentati. Mercati concentrati possono facilitare la collusione in quanto è più facile raggiungere un'intesa comune sulle condizioni di coordinamento e monitorare le deviazioni quando sul mercato sono presenti poche imprese concorrenti.

²⁶² **Eriti collusivi sono più probabili in mercati in cui le condizioni della domanda e dell'offerta sul mercato sono stabili.** Al contrario, in mercati in cui la domanda è volatile, vi è una sostanziale crescita delle imprese presenti sul mercato o frequente ingresso di nuovi concorrenti e l'innovazione è costante, il coordinamento risulta generalmente più difficile.

²⁶³ Un esito collusivo può essere più facilmente conseguito attraverso lo scambio di informazioni in una **struttura di mercato simmetrica**, non complessa. **Quando le imprese concorrenti sono omogenee in termini di costi, clienti, quote di mercato, gamma di prodotti ecc. si trovano in una posizione migliore per raggiungere un accordo collusivo in quanto i loro incentivi sono maggiormente allineati.** È, in particolare, più facile trovare un accordo sul prezzo di un unico prodotto omogeneo che riguarda a diversi prezzi in un mercato con numerosi prodotti differenziati (cfr. LDO, § 412). Le LDO, tuttavia, precisano che gli sviluppi tecnici, come l'uso di strumenti di monitoraggio dei prezzi, possono facilitare la collusione anche in relazione a prodotti differenziati.

(ii) Caratteristiche delle informazioni scambiate

Oltre alle caratteristiche del mercato, nella valutazione degli effetti di uno scambio di informazioni sulla concorrenza assumono rilevanza una serie di elementi attinenti alla natura delle informazioni scambiate e alle caratteristiche dello scambio: (i) il tipo di informazioni scambiate; (ii) la natura aggregata o individualizzata delle informazioni; (iii) l'attualità o storicità dei dati; (iv) la frequenza degli scambi; (v) la natura pubblica o riservata dei dati.

- Un fattore di importanza cruciale ai fini della valutazione è il tipo di informazioni scambiate. Gli scambi di informazioni possono restringere la concorrenza solo se riguardano **informazioni strategiche o sensibili sotto il profilo commerciale**, che riducono l'incertezza in merito al funzionamento del mercato. In particolare, **sono considerate sensibili le informazioni sui prezzi** (anche se non hanno un effetto diretto sui prezzi pagati dai consumatori finali), e le informazioni relative a **costi, capacità, produzione, quantitativi, quote di mercato, progetti di ingresso o di uscita dai mercati o ad altri elementi importanti della strategia aziendale** che le imprese non sarebbero normalmente (i.e. in un contesto di mercato concorrenziale) incentivate a scambiarsi. Non sono invece di regola considerate sensibili le informazioni relative all'industria o al settore in generale, quali ad esempio quelle relative al suo funzionamento o al suo stato, a questioni tecniche non riservate (es. gli standard o le questioni relative alla salute e alla sicurezza) o a tecnologie generali (non proprietarie), nonché i dati didattici, tecnici o scientifici non strategici²⁶⁴.

Informazioni sensibili sotto il profilo commerciale

Con riferimento al livello di elaborazione dei dati, le LDO chiariscono, inoltre, che la **condivisione di dati grezzi** può essere **meno sensibile dal punto di vista commerciale rispetto allo scambio di dati già trattati** e trasformati in informazioni significative, soprattutto se ciascuna parte utilizza il proprio metodo (proprietario) di trattamento dei dati.

- Il carattere commercialmente sensibile delle informazioni dipende dalla loro utilità per i concorrenti. Generalmente **dati individualizzati** sulle singole imprese sono più problematici in quanto consentono di individuare più facilmente eventuali deviazioni dagli accordi collusivi e attuare le strategie di ritorsione. Al contrario, la raccolta e la pubblicazione di **informazioni aggregate sul mercato** (es. dati sulle vendite, sulle capacità o sul costo di fattori produttivi) – quando l'attribuzione dei dati a imprese specifiche è sufficientemente difficile, o quando i dati sono aggregati per una gamma di prodotti diversi, con caratteristiche

Dati aggregati vs dati individualizzati

²⁶⁴ LDO, §§ 384-386.

Dati storici vs dati attuali

differenti o appartenenti a mercati distinti – è in genere meno idonea a determinare restrizioni della concorrenza e può, invece, consentire ai concorrenti di compiere scelte più consapevoli per adeguare efficacemente la loro strategia concorrenziale alle condizioni del mercato²⁶⁵.

- Riguardo all'età delle informazioni, la regola generale è che quanto più le **informazioni** scambiati sono **dattate e 'storiche'** tanto più è improbabile che possano facilitare il coordinamento del futuro comportamento sul mercato dei concorrenti o che possano essere utili per l'individuazione delle deviazioni da intese collusive. Nella sua prassi decisionale, la Commissione ha considerato lo scambio di dati risalenti a più di un anno prima come storico e privo di effetti restrittivi della concorrenza, mentre le informazioni risalenti a meno di un anno prima sono state considerate recenti²⁶⁶. Le LDO chiariscono, tuttavia, che non esiste una soglia predeterminata; il **carattere storico** delle informazioni e, comunque, la loro rilevanza, **va valutato caso per caso** e dipende dalle caratteristiche del mercato rilevante, dalla frequenza delle trattative di vendita o di acquisto nel settore e dall'età delle informazioni generalmente utilizzate nel settore ai fini dell'adozione di decisioni commerciali. I dati possono, ad esempio, essere considerati storici se risalgono ad un periodo corrispondente a varie volte la durata media dei contratti nel settore, se questi sono indicativi della frequenza delle rinegoziazioni dei prezzi²⁶⁷.
- Secondo le LDO, gli **scambi frequenti** di informazioni che agevolano sia una migliore conoscenza comune del mercato che il monitoraggio delle deviazioni aumentano i rischi di esiti collusivi. Occorre, in particolare, considerare la **durata dei contratti** e la **frequenza delle negoziazioni** nel settore interessato: in mercati con contratti a lungo termine (e, dunque, rinegoziazioni meno frequenti) anche scambi di informazioni meno frequenti possono essere sufficienti a raggiungere un esito collusivo²⁶⁸.

Frequenza dello scambio

²⁶⁵ LDO, § 391. Le Linee Direttive precisano che non può tuttavia escludersi che anche lo scambio di informazioni aggregate possa agevolare esiti collusivi in mercati con caratteristiche particolari, ad esempio nel caso di oligopoli molto rigidi e stabili. In tali strutture di mercato, infatti, per mantenere stabile la collusione, le imprese coinvolte non hanno sempre bisogno di sapere quale impresa è responsabile della deviazione; può essere sufficiente sapere che qualcuno si è discostato dalla condotta concordata.

²⁶⁶ Cfr. decisione della Commissione nel caso IV/31.370, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, punto 50; decisione della Commissione nel caso IV/36.069, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, punto 17.

²⁶⁷ LDO, § 393-394. Al contrario, secondo le LDO, lo scambio di informazioni attuali può avere effetti restrittivi sulla concorrenza, in particolare se tale scambio serve ad aumentare artificiosamente la trasparenza tra i concorrenti piuttosto che a favore dei consumatori.

²⁶⁸ LDO, § 405 e nota 275, ove è specificato che, a seconda della struttura del mercato e del contesto generale dello scambio, non è possibile escludere che anche uno scambio una tantum possa costituire una base

- In linea di principio, soltanto lo **scambio di informazioni riservate** può sollevare preoccupazioni sotto il profilo antitrust. Al contrario, le **informazioni di pubblico dominio**²⁶⁹, ossia **facilmente accessibili a tutti i concorrenti e clienti**, non sono solitamente sensibili dal punto di vista commerciale. Tuttavia, anche dati di pubblico dominio potrebbero non essere considerati effettivamente pubblici se i **costi per la loro raccolta** scoraggiano altre imprese e altri clienti dal farlo²⁷⁰. Inoltre, le LDO avvertono che, anche se le informazioni sono prontamente disponibili (es. informazioni pubblicate dalle autorità di regolamentazione), un ulteriore scambio di tali informazioni tra concorrenti, ad esempio in forma meno aggregata o più granulare, oppure con maggiore frequenza o accompagnato da osservazioni, può ridurre ulteriormente l'incertezza strategica sul mercato e restringere la concorrenza²⁷¹.

7.3. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(3)

Gli scambi di informazioni restrittive della concorrenza possono comunque soddisfare le condizioni per l'esenzione ai sensi dell'articolo 101(3)²⁷².

La Commissione riconosce, infatti, che lo scambio di informazioni può generare vari tipi di incrementi di efficienza. Fra gli esempi di possibili efficienze, le Linee Direttive ricordano in particolare che gli scambi di informazioni possono: (i) consentire alle imprese di **diventare più efficienti confrontando le proprie prestazioni con le best practice del settore (benchmarking)**; (ii) contribuire alla **resilienza del mercato** consentendo alle imprese di rispondere più rapidamente alle variazioni della domanda e dell'offerta e di **prevenire interruzioni/perturbazioni delle catene di approvvigionamento**; (iii) **risolvere asimmetrie informative** in alcuni settori, come quelli **assicurativo e finanziario**, consentendo una migliore valutazione dei livelli di rischio e l'offerta di servizi a prezzi inferiori ai clienti con profilo di rischio più basso; (iv) **ridurre i costi di ricerca**, aiutando consumatori e imprese a confrontare i prodotti e a compiere scelte più informate; (v) **ridurre la dipendenza dei consumatori da un**

incrementi di
efficienza

sufficiente perché le imprese interessate coordinino i rispettivi comportamenti sul mercato (cfr. Corte di giustizia, sentenza del 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands e altri*, punto 59).

²⁶⁹ Ad esempio, le informazioni diffuse da un'istituzione pubblica, da un'autorità di regolamentazione, da una testata giornalistica o dalle stesse imprese per motivi legittimi, ad esempio per informare azionisti, potenziali investitori o il pubblico in generale in merito allo stato e ai risultati della loro attività.

²⁷⁰ LDO, § 388 e nota 251, ove si osserva che la possibilità di raccogliere determinate informazioni sul mercato, ad esempio ottenendole dai clienti, non significa necessariamente che tali informazioni siano dati di mercato facilmente accessibili ai concorrenti.

²⁷¹ LDO, § 389.

²⁷² LDO, §§ 425-428.

particolare venditore (*lock-in*). In linea con gli obiettivi della strategia digitale e del Green Deal, la Commissione riconosce, inoltre, che la condivisione di dati può essere cruciale per lo **sviluppo di nuovi prodotti, servizi e tecnologie**, o, qualora riguardi dati sui produttori che forniscono prodotti o utilizzano processi di produzione sostenibili, **aiutare le imprese a rispettare i loro obblighi in materia di sostenibilità**, mentre lo scambio di informazioni tra *marketplace* sui vendori online di prodotti contraffatti agevola l'identificazione di pratiche illecite, a beneficio dei consumatori²⁷³.

Carattere indispensabile Ai fini dell'applicabilità dell'esenzione, le parti dovranno dimostrare che la natura delle informazioni scambiate e le caratteristiche dello scambio rappresentano il **mezzo meno restrittivo** per conseguire gli incrementi di efficienza dichiarati. In particolare, lo scambio non dovrebbe comprendere informazioni che vanno oltre le variabili rilevanti per ottenere gli incrementi di efficienza. Ad esempio, ai fini del *benchmarking*, uno scambio di dati individualizzati non è, in genere, considerato indispensabile²⁷⁴.

Trasferimento ai consumatori Gli incrementi di efficienza ottenuti devono essere **trasferiti ai consumatori** in misura sufficiente a controbilanciare gli effetti restrittivi dello scambio di informazioni. Minore è il potere di mercato delle parti, più è probabile che il trasferimento ai consumatori si verifichi²⁷⁵.

Non eliminazione della concorrenza Infine, per poter essere esentato ai sensi dell'articolo 101(3), lo scambio di informazioni **non** deve consentire alle parti di **eliminare la concorrenza** per una parte sostanziale del mercato.

7.4. Algoritmi di ottimizzazione dei prezzi

Nelle LDO del 2023, la Commissione ha per la prima volta affrontato la questione di come i principi generali sullo scambio di informazioni vadano applicati quando le imprese utilizzano **strumenti algoritmici per il monitoraggio o la determinazione dei prezzi**. Pur riconoscendo che gli algoritmi di *pricing* possono generare **efficienze e benefici pro-concorrenziali**, ad esempio **migliorando la capacità predittiva e i processi decisionali** delle imprese, consentendo di **monitorare e analizzare i dati in tempo**

²⁷³ LDO, § 425.

²⁷⁴ LDO, § 426.

²⁷⁵ Nel caso **Asnef-Equifax**, relativo ad un registro di informazioni degli istituti finanziari sulla solvibilità dei clienti, la Corte di Giustizia ha attenuato le condizioni necessarie affinché il requisito del 'trasferimento ai consumatori' sia soddisfatto, stabilendo che, ai fini dell'esenzione, non è necessario che tutti i consumatori beneficino dei vantaggi economici derivanti dallo scambio di informazioni. **Ciò che rileva è il complessivo impatto favorevole dello scambio di informazioni sull'insieme dei consumatori nei mercati rilevanti, non che ciascun consumatore sia individualmente avvantaggiato dallo stesso** (cfr. Corte di Giustizia, causa C-238/05, punti 67-70).

reale e adattare più rapidamente e in modo più accurato i prezzi alle fluttuazioni della domanda e dell'offerta, riducendo i costi e agevolando l'ingresso di nuove imprese nel mercato, le LDO distinguono diversi scenari, in alcuni dei quali il loro utilizzo potrebbe creare criticità sotto il profilo antitrust:

- a) **collusione algoritmica (o collusione mediante codice)**. Tale situazione si verifica quando lo stesso strumento algoritmico viene utilizzato da imprese concorrenti per concordare parametri essenziali della concorrenza (es. i prezzi) o per monitorare accordi collusivi preesistenti (i.e. monitorare i prezzi dei concorrenti, individuare in tempo reale le deviazioni di prezzo e rendere più efficaci le misure di ritorsione). Secondo le LDO, la collusione facilitata dall'utilizzo di algoritmi di *pricing* (c.d. collusione mediante codice) è **assimilabile ad un classico cartello sui prezzi** e costituisce, quindi, una **restrizione della concorrenza per oggetto**²⁷⁶. Il trattamento antitrust degli algoritmi di *pricing* dovrebbe, in particolare, basarsi su **due principi**: (i) gli **accordi/pratiche di fissazione dei prezzi che sono illegali offline lo saranno, con molta probabilità, anche** quando vengono attuate **online**; (ii) **la responsabilità** delle imprese coinvolte in tali pratiche illecite **non viene meno per il fatto che i loro prezzi sono stati determinati da algoritmi**, poiché l'algoritmo (come un dipendente o un consulente esterno) rimane **sotto il controllo dell'impresa**²⁷⁷.
- b) **utilizzo dello stesso algoritmo di ottimizzazione dei prezzi fornito da un terzo**, i.e. quando più imprese concorrenti utilizzano (sulla base di un abbonamento/licenza) uno stesso algoritmo di *pricing* che prende decisioni commerciali basate su flussi di dati commercialmente sensibili provenienti dai concorrenti. In questi casi, secondo le LDO, *'sebbene l'utilizzo di dati pubblicamente disponibili per alimentare il software algoritmico sia legale, l'aggregazione di informazioni sensibili dal punto di vista commerciale in uno strumento di fissazione dei prezzi offerto da un'unica impresa informatica a cui vari concorrenti hanno accesso potrebbe costituire una collusione orizzontale'*²⁷⁸, dando luogo ad uno scambio di informazioni illecito (assimilabile ad uno scambio di tipo *hub-and-spoke*). Le LDO non forniscono dettagli ulteriori al riguardo. Se, tuttavia,

**Collusione
algoritmica**

**Utilizzo di un
algoritmo di
pricing di terzi**

²⁷⁶ Nella **sentenza Eturas del 2016** (causa C-74/14), la Corte di giustizia ha ritenuto configurabile una violazione dell'articolo 101(1) con riferimento alla situazione in cui diverse agenzie di viaggio che utilizzavano un software comune di prenotazione di viaggi online, destinato a consentire alle agenzie di vendere viaggi attraverso il proprio sito internet secondo una modalità uniforme di prenotazione, avevano indirettamente (attraverso un avviso di sistema introdotto nel software) concordato un tetto massimo per gli sconti applicabili alle prenotazioni effettuate online.

²⁷⁷ LDO, § 379.

²⁷⁸ LDO, § 402.

dovessero ritenersi applicabili in questi casi i principi sullo scambio di informazioni del tipo *hub-and-spoke*, ai fini dell'individuazione di una responsabilità per la violazione dell'articolo 101(1), occorrerebbe stabilire se le imprese concorrenti utilizzatrici dell'algoritmo di *pricing* condiviso e il terzo fornitore siano consapevoli degli obiettivi anticoncorrenziali dello scambio e abbiano voluto contribuirvi con il proprio comportamento.

- c) **utilizzo indipendente di algoritmi di *pricing*.** Infine, le LDO chiariscono che, in linea di principio, è, invece, lecito utilizzare in modo indipendente un algoritmo di *pricing* (proprietario o fornito da un terzo) per monitorare i prezzi dei concorrenti e per determinare in via unilaterale i propri prezzi²⁷⁹.

Nonostante gli sforzi della Commissione – apprezzabili anche in considerazione dell'ancora limitata esperienza di *enforcement* – di fornire nelle LDO dei primi orientamenti, la questione dei potenziali rischi per la concorrenza derivanti dall'utilizzo di algoritmi di *pricing* è ancora oggetto di un vivace dibattito sia in Europa che nel resto del mondo. Nell'ottica della *compliance*, rimane un elevato grado di incertezza in merito all'applicazione concreta dei principi in materia di scambio di informazioni (e ai confini del potenziale ambito di responsabilità) nei casi in cui i concorrenti utilizzino lo stesso algoritmo di *pricing* fornito da terzi, così come resta ancora da vedere quale tipo di interazioni coordinate strumenti algoritmici più avanzati, basati sull'intelligenza artificiale, saranno in grado di instaurare in maniera autonoma e quali criteri le autorità di concorrenza useranno per distinguere il comportamento algoritmico parallelo (indipendente e) lecito dalla collusione algoritmica illecita.

7.5. Accordi di condivisione dei dati e *data pool*

Le LDO chiariscono che, in genere, gli accordi di condivisione dei dati non costituiscono restrizioni della concorrenza per oggetto qualora si accerti che hanno reali effetti favorevoli per la concorrenza. Con particolare riferimento ai *pool* di dati nel contesto dei quali sono scambiati dati (in parte) sensibili dal punto di vista commerciale che affrontano l'asimmetria informativa in un mercato non concentrato e che comporteranno benefici per i consumatori, è indicato che è improbabile che il *pool* di dati sia considerato una restrizione per oggetto se i partecipanti garantiscono che i dati commercialmente sensibili che si scambiano attraverso il *pool* sono necessari e proporzionati al conseguimento dell'obiettivo favorevole alla concorrenza (ad esempio, basandosi il più possibile su dati aggregati e storici e attuando misure per limitare l'accesso alle informazioni sensibili e/o controllarne le modalità di utilizzo). I partecipanti dovranno,

²⁷⁹ LDO, § 379.

inoltre, garantire che il *pool* sia costituito in maniera trasparente²⁸⁰. Le LDO suggeriscono le misure che i partecipanti al *pool* dovrebbero adottare per ridurre i rischi antitrust, ossia: (i) i partecipanti dovrebbero avere accesso soltanto alle proprie informazioni e alle informazioni finali aggregate degli altri partecipanti; (ii) il *pool* dovrebbe essere costituito in modo tale che i partecipanti non siano in grado di ottenere informazioni sensibili da altri partecipanti in modo individuale; (iii) la gestione del *pool* potrebbe essere affidata ad un fiduciario soggetto a rigorose norme di riservatezza e dovrebbe essere svolta in modo da garantire che siano raccolte solo le informazioni necessarie per la realizzazione della finalità legittima del *pool*²⁸¹.

7.6. Misure per ridurre il rischio di violazioni antitrust

Le LDO del 2023 individuano alcune misure per limitare l'accesso alle informazioni sensibili o controllarne le modalità di utilizzo che le parti possono adottare al fine di prevenire o minimizzare i rischi concorrenziali connessi agli scambi di informazioni.

(i) Costituzione di clean teams e nomina di fiduciari

Per ricevere e trattare le informazioni le imprese possono costituire un *clean team*, ossia un gruppo ristretto di dipendenti o dirigenti interni all'impresa che non hanno responsabilità operative o commerciali e che sono vincolati da rigorosi protocolli in materia di riservatezza delle informazioni commercialmente sensibili. Le imprese possono inoltre affidare la gestione di tali informazioni ad un fiduciario terzo e indipendente. *Clean teams* e fiduciari sono tipicamente utilizzati nel contesto delle operazioni di concentrazione ai fini delle attività di *due diligence*, ma è possibile farvi ricorso anche al fine di attuare altri tipi di accordi di cooperazione orizzontale per garantire che le informazioni fornite ai fini di tale cooperazione siano scambiate esclusivamente in base al principio '*need to know*' e in forma aggregata²⁸².

(ii) Riunioni/telefonate tra concorrenti

Le LDO suggeriscono che, prima dei contatti previsti, le imprese: (i) esaminino attentamente l'ordine del giorno e la finalità della riunione o della telefonata per assicurarsi che eventuali rischi relativi allo scambio di informazioni sensibili siano individuati in anticipo; (ii) valutino la possibilità di farsi assistere durante la riunione/telefonata da un avvocato specializzato in materia di concorrenza. Inoltre, durante i contatti, le imprese dovrebbero: (i) attenersi all'ordine del giorno stabilito; (ii)

²⁸⁰ LDO, § 418.

²⁸¹ LDO, § 408.

²⁸² LDO, § 407.

sollevare obiezioni qualora vengano condivise informazioni sensibili; (iii) assicurarsi che le loro obiezioni siano verbalizzate; (iv) prendere le distanze pubblicamente qualora lo scambio di informazioni avvenga nonostante le loro obiezioni (ad esempio, dichiarando immediatamente ed espressamente di non poter partecipare alle discussioni sull'argomento in questione e chiedendo di cambiare immediatamente argomento, ed eventualmente abbandonando la riunione/telefonata, qualora le richieste vengano ignorate). Infine, a valle della riunione/telefonata le imprese dovrebbero assicurarsi che siano stati redatti verbali accurati e che eventuali obiezioni o abbandoni siano stati registrati²⁸³.

(iii) Divulgazioni al pubblico di informazioni commercialmente sensibili

Le LDO suggeriscono che, prima di tali divulgazioni, le imprese: (i) verifichino se le informazioni rispondono effettivamente alla finalità legittima perseguita e se il livello di dettaglio della divulgazione è necessario a tal fine; (ii) evitino di annunciare misure strategiche che dipendono da azioni dei loro concorrenti. Le imprese che di trovano di fronte ad annunci pubblici da parte di concorrenti che rivelano informazioni commercialmente sensibili dovrebbero prendere pubblicamente le distanze da tali annunci o segnalarli alle autorità pubbliche²⁸⁴.

8. ACCORDI DI STANDARDIZZAZIONE

Gli accordi di standardizzazione²⁸⁵ hanno, come principale obiettivo, **la definizione di requisiti tecnici o qualitativi ai quali possono conformarsi prodotti, processi di fabbricazione, procedure** di due diligence in relazione alla catena del valore, **servizi o metodi** attuali o futuri. Rientrano in questa categoria, ad esempio, gli accordi che

²⁸³ LDO, §§ 409-410.

²⁸⁴ LDO § 411.

²⁸⁵ Agli accordi di standardizzazione è dedicato il **capitolo 7 delle LDO** (§§ 436-489). Nonostante le analogie, **gli standard di sostenibilità sono trattati separatamente nel capitolo dedicato agli accordi di sostenibilità**. Sintetizzando le **principalì modifiche** introdotte in seguito alla revisione del 2023, ricordiamo che: (i) per introdurre una maggiore flessibilità nel sistema, è ora previsto che **limitazioni alla partecipazione al processo di definizione dello standard possono essere consentite in determinate circostanze**, ad esempio se esiste concorrenza tra più standard o quando le restrizioni alla partecipazione sono temporanee e dirette ad accelerare il processo di definizione dello standard; (ii) viene espressa una preferenza per la **disclosure specifica dei DPI** (incluso il numero di brevetto o della domanda di brevetto), rispetto alla c.d. *blanket disclosure*, per assicurare maggiore trasparenza e consentire all'industria di compiere una scelta informata della tecnologia da includere nello standard, nonché garantire un accesso effettivo allo standard; (iii) sono state introdotte ulteriori indicazioni sui **metodi di calcolo della royalty FRAND**; (iv) è stato chiarito che la **divulgazione ex ante della royalty massima cumulata** da parte di tutti i titolari di DPI non comporta, generalmente, una restrizione della concorrenza ai sensi dell'art. 101(1); (iv) gli accordi relativi all'utilizzo di **condizioni standard** sono ora trattati **in un capitolo separato** delle LDO.

definiscono le specifiche tecniche di prodotti per i quali è essenziale la compatibilità o l'interoperabilità con altri prodotti (es. smartphone, DVD) oppure le condizioni per ottenere un marchio o una certificazione di qualità²⁸⁶.

Tali accordi possono essere conclusi tra imprese che producono beni o servizi complementari o tra imprese concorrenti e spesso coinvolgono diritti di proprietà intellettuale (in particolare brevetti)²⁸⁷.

Gli standard generano importanti benefici per i consumatori, garantendo **la qualità e la sicurezza dei prodotti** e assicurandone la **compatibilità e l'interoperabilità**. Gli accordi di standardizzazione, pertanto, hanno in genere notevoli effetti economici positivi, poiché, ad esempio, promuovono la penetrazione economica sul mercato, favoriscono lo **sviluppo di prodotti/mercati nuovi** e di **migliori condizioni di offerta**, rafforzano la **concorrenza e riducono i costi di produzione e di vendita**²⁸⁸.

Benefici degli standard

8.1. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(1)

Quando i partecipanti alla standardizzazione sono imprese concorrenti, la definizione degli standard può anche dar luogo ad effetti restrittivi della concorrenza. Le LDO evidenziano, in particolare, i seguenti tre principali rischi sotto il profilo antitrust:

Preoccupazioni concorrenziali

- **Esito collusivo.** Gli scambi di informazioni commercialmente sensibili tra imprese nel quadro della definizione degli standard (es. nell'ambito di una *standard development organization* – 'SDO') potrebbero dar luogo ad intese sui prezzi oppure limitare o controllare la produzione nei mercati interessati²⁸⁹.

²⁸⁶ LDO, § 436. La standardizzazione può avvenire mediante **l'adozione, da parte di organismi di standardizzazione internazionali, europei o nazionali riconosciuti, di standard** basati su un consenso che si forma su specifiche tecniche sviluppate da consorzi o altri organismi, ma può anche essere il risultato di **accordi stipulati tra imprese indipendenti**. Le LDO non si applicano, invece, alla preparazione e produzione di standard tecnici nell'ambito dell'esercizio dei pubblici poteri. Gli **organismi di standardizzazione europei riconosciuti ai sensi del regolamento (UE) 1025/2012** (i.e. ETSI, CEN e CENELEC) sono soggetti al diritto della concorrenza nella misura in cui possono essere considerati un'impresa o un'associazione di imprese ai sensi degli articoli 101 e 102 (cfr. Tribunale UE, sentenza del 12 maggio 2010, causa T-432/05, EMC Development/Commissione).

²⁸⁷ Cfr. LDO, § 440. Al processo di definizione di standard che coinvolgono diritti di proprietà intellettuale partecipano in genere: (i) imprese che operano solo a monte e che sviluppano e commercializzano esclusivamente tecnologie; (ii) imprese che operano solo a valle e che fabbricano esclusivamente prodotti/servizi sulla base di tecnologie sviluppate da altri; (iii) imprese integrate verticalmente che si occupano sia di sviluppare tecnologie coperte da diritti di proprietà intellettuale che di fabbricare e vendere prodotti (per i quali necessitano di una licenza e devono pagare *royalties* ad altre imprese titolari dei brevetti essenziali per lo standard che si applica ai loro prodotti).

²⁸⁸ LDO, § 439.

²⁸⁹ LDO, § 442.

- **Foreclosure di tecnologie innovative non incluse nello standard.** Una volta che sia stata scelta una determinata tecnologia da includere nello standard e questo sia stato definito, tecnologie alternative e imprese concorrenti potrebbero essere escluse dal mercato. Analogamente, l'obbligo per i membri di una SDO di utilizzare esclusivamente un determinato standard può impedire lo sviluppo e la diffusione di altre (e più innovative) tecnologie²⁹⁰.
- **Preclusione dell'accesso allo standard da parte di potenziali utilizzatori.** La definizione di standard può dar luogo a risultati anticoncorrenziali se a determinate imprese viene di fatto precluso l'accesso allo standard (o ai brevetti essenziali per la sua applicazione) oppure se l'accesso viene concesso solo a condizioni proibitive o discriminatorie. Come ricordato nelle LDO, le regole sulla proprietà intellettuale e quelle in materia di concorrenza condividono gli stessi obiettivi di promozione dell'innovazione e del benessere dei consumatori. Tuttavia, un'impresa partecipante ad un accordo di standardizzazione che sia titolare di un brevetto essenziale per l'applicazione dello standard (c.d. *standard essential patent* o SEP) potrebbe, grazie a tale titolarità, acquisire il controllo dell'utilizzo dello standard e, qualora lo standard costituisca una barriera all'ingresso, controllare il mercato del prodotto o servizio a cui lo standard si riferisce²⁹¹. Ciò, a sua volta, potrebbe consentire alle imprese di adottare comportamenti anticoncorrenziali, ad esempio rifiutando la concessione in licenza dei SEPs o applicando *royalties* eccessive o discriminatorie, impedendo così l'effettivo accesso allo standard (c.d. *hold-up*)²⁹². In linea con l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Huawei*²⁹³, le nuove LDO opportunamente riconoscono anche il rischio simmetrico di comportamenti anticoncorrenziali posti in essere dai potenziali licenziatari/utilizzatori dello standard, qualora essi ricorrono a strategie dilatorie durante la negoziazione delle licenze (c.d. *hold-out*) o si rifiutino di pagare una *royalty equa, ragionevole e non discriminatoria (fair, reasonable and non-discriminatory – 'FRAND')*²⁹⁴.

²⁹⁰ LDO, § 443.

²⁹¹ Le LDO chiariscono che, sebbene la definizione di uno standard possa conferire potere di mercato ai titolari di SEP, la titolarità o l'esercizio di tali diritti di proprietà intellettuale non vale a far presumere il possesso o l'esercizio di potere di mercato, la cui esistenza può essere valutata solo caso per caso (cfr. § 445).

²⁹² Qualora i titolari di SEPs siano imprese dominanti, queste condotte possono configurare un abuso di posizione dominante, in violazione dell'articolo 102 TFUE (v. *infra*, nota 310). Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 16 luglio 2015, causa C-170/13, *Huawei Technologies Co.Ltd/ZTE Deutschland GmbH*. Cfr. anche la decisione della Commissione nel caso AT.39985, *Motorola - Esecuzione di brevetti essenziali per lo standard GPRS*.

²⁹³ C-170/13, *Huawei Technologies*, cit., punti 65-67.

²⁹⁴ LDO, § 444.

Gli accordi di standardizzazione possono avere impatto su quattro mercati rilevanti: (i) i **mercati dei prodotti o servizi a cui gli standard si riferiscono**; (ii) il **mercato della tecnologia**, se la definizione degli standard implica la selezione di una tecnologia e i diritti di proprietà intellettuale sono commercializzati separatamente dal prodotto a cui si riferiscono; (iii) il **mercato della definizione degli standard**, se esistono diverse SDOs o accordi di standardizzazione; (iv) il distinto **mercato della verifica e certificazione**.

Restrizioni per oggetto

Gli accordi di standardizzazione possono restringere la concorrenza per oggetto se sono **utilizzati all'interno di un accordo restrittivo più ampio volto ad escludere concorrenti** effettivi o potenziali o **nuove tecnologie**²⁹⁵. Inoltre, mentre ai singoli titolari di SEP è consentito divulgare unilateralmente, prima dell'adozione dello standard, le condizioni più restrittive per il rilascio delle licenze, gli accordi che **utilizzino la divulgazione ex ante delle condizioni di licenza come pretesto per fissare in comune i prezzi** praticati ai clienti a valle costituiscono una restrizione della concorrenza per oggetto²⁹⁶.

Effetti restrittivi della concorrenza

Negli altri casi, occorre valutare gli effetti attuali o potenziali dell'accordo. Come indicato nelle LDO, effetti restrittivi sono estremamente improbabili in **assenza di potere di mercato**, ad esempio se vi è un'effettiva **concorrenza tra diversi standard volontari**²⁹⁷.

Accordi che in genere non restringono la concorrenza

Inoltre, anche per i casi in cui gli accordi di standardizzazione possono creare un potere di mercato, le LDO stabiliscono un *safe harbour* (indipendente dalle quote di mercato), indicando che il divieto di cui all'articolo 101(1) non si applicherà all'accordo in questione se sono rispettate le condizioni previste ai §§ 451-457, ossia: a) la **partecipazione alla procedura di definizione dello standard è aperta** e non soggetta a restrizioni e la **procedura di standardizzazione è trasparente**; b) l'**adesione allo standard rimane volontaria** e non vi è un obbligo di conformarsi c) è garantito un **accesso effettivo allo standard**, in particolare mediante una politica in materia di proprietà intellettuale chiara ed equilibrata che impone ai partecipanti alla procedura di standardizzazione: (i) la **disclosure** in buona fede dei brevetti che possono essere essenziali per l'attuazione di

Safe harbour qualitativo

²⁹⁵ Cfr. ad esempio, il caso COMP/35.691, *Intesa tubi preisolati*, par. 140, in cui la Commissione, fra le restrizioni della concorrenza prodotte dal complesso di accordi analizzati in quel caso, ha identificato anche quella consistente nell'utilizzare standard e livelli tecnici di qualità per ostacolare o ritardare l'introduzione di nuove tecnologie che avrebbero fatto diminuire i prezzi'.

²⁹⁶ LDO, §§ 446-447.

²⁹⁷ LDO, § 448.

uno standard in via di definizione; e (ii) l'impegno a concedere in **licenza i SEPs a condizioni FRAND**²⁹⁸.

Effetti restrittivi – fattori rilevanti per la valutazione

Fuori dal *safe harbour* non vi è alcuna presunzione che l'accordo restringa la concorrenza ai sensi dell'articolo 101(1); occorre valutare caso per caso i suoi effetti sulla concorrenza, tenendo conto delle quote di mercato dei beni, dei servizi o delle tecnologie che si basano sullo standard e considerando in particolare se: lo standard abbia natura volontaria e quale sia la sua portata²⁹⁹; vi sia una partecipazione aperta alla definizione dello standard; lo standard sia accessibile per tutti i membri dell'organizzazione di standardizzazione o per terzi che non vi fanno parte³⁰⁰; l'accordo di standardizzazione possa determinare discriminazioni nei confronti dei membri partecipanti o potenziali; sia prevista la divulgazione ex ante dei livelli delle *royalties*³⁰¹.

(i) *Partecipazione al processo di standardizzazione*

Più in dettaglio, le LDO indicano che, per garantire una partecipazione ampia e aperta, le organizzazioni di standardizzazione dovrebbero consentire a tutti i concorrenti sul mercato interessato dallo standard di partecipare a tutte le fasi (anche preparatorie) del processo volto alla sua definizione, nonché mettere a disposizione procedure obiettive e non discriminatorie per attribuire i diritti di voto e criteri oggettivi per selezionare la tecnologia da includere nello standard³⁰².

Come già ricordato, anche fuori dall'ambito di applicazione del *safe harbour*, se la partecipazione al processo di standardizzazione è aperta, nel senso che tutte le imprese interessate hanno la possibilità di influenzare la scelta e la definizione dello standard, i rischi di effetti restrittivi sulla concorrenza sono minori³⁰³.

²⁹⁸ LDO, §§ 451-457. Cfr. Tribunale UE, sentenza del 12 maggio 2010, causa T-432/05, *EMC/Commissione*, (appello dinanzi alla Corte di Giustizia respinto con ordinanza del 31 marzo 2011, C-367/10 P), ove il Tribunale ha confermato il principio per cui un accordo di standardizzazione non viola l'articolo 101(1) se la procedura di adozione dello standard è aperta, non discriminatoria e trasparente.

²⁹⁹ Ad esempio, se l'accordo di standardizzazione impone ai partecipanti di produrre soltanto prodotti conformi allo standard, il rischio di un impatto negativo sulla concorrenza è maggiore. Per contro, un impatto negativo è meno probabile se lo standard copre solo caratteristiche minori del prodotto finale e se non coinvolge brevetti essenziali (cfr. LDO, § 464).

³⁰⁰ Le LDO precisano che una limitazione dell'accesso allo standard può anche non avere effetti restrittivi della concorrenza quando esiste una pluralità di standard concorrenti o in presenza di una concorrenza effettiva tra la soluzione standardizzata e le soluzioni alternative non standardizzate (cfr. § 465)

³⁰¹ LDO, §§ 463-474.

³⁰² LDO, § 452.

³⁰³ LDO, §§ 467-469.

Per evitare, tuttavia, che un'applicazione eccessivamente rigida di questo requisito possa ostacolare valide iniziative di standardizzazione, nelle LDO del 2023 la Commissione ha adottato un **approccio più flessibile**, riconoscendo che **in determinate circostanze, una restrizione della partecipazione può non produrre effetti restrittivi** ai sensi dell'articolo 101(1). Ciò vale, ad esempio, se: a) esiste una **concorrenza tra più standard** e SDOs; b) senza una limitazione del numero dei partecipanti non sarebbe stato possibile adottare lo standard; c) la limitazione del numero di partecipanti è **temporanea e volta ad accelerare** il processo (ad esempio, nella fase di avvio di un'iniziativa di standardizzazione), a condizione che tutti i concorrenti possano essere coinvolti successivamente³⁰⁴.

(ii) Trasparenza della procedura di standardizzazione e dei potenziali costi per l'attuazione dello standard

Le SDOs dovrebbero definire procedure che consentano alle parti interessate di informarsi, in tempo utile e in ciascuna fase, sulle attività di standardizzazione in corso, future o terminate³⁰⁵.

In una prospettiva analoga, le LDO indicano che gli accordi di standardizzazione che prevedono la **divulgazione unilaterale ex ante delle condizioni più restrittive (comprese le royalties massime)** per il rilascio delle licenze da parte dei singoli titolari di brevetti essenziali non sono restrittivi della concorrenza. Rispetto alla versione previgente, esse inoltre chiariscono che anche la **divulgazione ex ante delle royalties massime cumulate** relative ad un determinato standard (da parte di tutti i titolari di brevetti essenziali) non comporta una restrizione della concorrenza. La divulgazione, prima dell'adozione dello standard, delle condizioni per il rilascio delle licenze consente, infatti, alle parti coinvolte nel processo di definizione dello standard di essere pienamente informate non solo riguardo alle opzioni tecniche disponibili, ma anche ai probabili costi dei relativi diritti di proprietà intellettuale, e, quindi, di prendere una decisione sulla base dei vantaggi e degli svantaggi delle diverse tecnologie alternative³⁰⁶.

³⁰⁴ LDO, §§ 470-471. Le LDO indicano **che i potenziali effetti negativi di una partecipazione ristretta possono essere eliminati, o perlomeno ridotti, facendo in modo che le parti interessate siano informate e consultate durante i lavori**, ad esempio stabilendo procedure per la rappresentanza collettiva delle parti interessate.

³⁰⁵ LDO, § 453.

³⁰⁶ LDO, § 474.

(iii) Accesso allo standard: obblighi di disclosure e impegni FRAND

Come ricordato, per assicurare un accesso effettivo allo standard, la politica in materia di DPI delle organizzazioni di standardizzazione dovrebbe imporre a tutti i partecipanti titolari di brevetti che possono essere essenziali per l'attuazione di uno standard in via di definizione di: (i) **divulgare in buona fede i propri brevetti essenziali ex ante**, ossia prima della definizione dello standard, in modo da consentire agli altri partecipanti di fare una scelta informata sulla tecnologia da includere nello standard ed impedire successivi comportamenti di c.d. *patent ambush*³⁰⁷; (ii) **impegnarsi ex ante, irrevocabilmente e per iscritto, a concedere in licenza i brevetti essenziali a tutti i terzi a condizioni FRAND**, salva la possibilità, ma solo nelle prime fasi dello sviluppo dello standard, di escludere dal processo di standardizzazione la tecnologia specifica (protetta dai brevetti essenziali)³⁰⁸.

Per quanto concerne gli obblighi di *disclosure*, le LDO del 2023 incoraggiano una **disclosure specifica dei DPI** rispetto alla c.d. *blanket disclosure* ('divulgazione generica'). È infatti indicato che la divulgazione dovrebbe comprendere quantomeno il numero del brevetto o della domanda di brevetto e, solo qualora tali informazioni non siano ancora di dominio pubblico, è sufficiente una divulgazione generica (da completare successivamente, quando i dati siano resi pubblici). La *disclosure* dovrebbe inoltre essere **aggiornata al momento dell'adozione dello standard**, in particolare se sono intervenute modifiche che incidono sul carattere essenziale o sulla validità del brevetto³⁰⁹.

Obblighi di disclosure

Impegni FRAND - ratio Gli impegni FRAND hanno la duplice funzione di: (i) evitare che i titolari di SEPs impediscono ai potenziali utilizzatori di attuare uno standard, rifiutando di concedere licenze oppure applicando *royalties* eccessive o discriminatorie, dopo che il settore è stato vincolato allo standard³¹⁰; (ii) consentire agli stessi titolari di monetizzare le loro

³⁰⁷ Un'impresa che partecipa al processo di standardizzazione nasconde intenzionalmente il fatto di detenere brevetti essenziali in relazione ad uno standard in corso di definizione per poi far valere i propri brevetti successivamente, una volta che lo standard sia stato adottato e l'industria sia vincolata ad utilizzarlo, imponendo royalties eccessive per la concessione delle licenze. Se il titolare dei brevetti essenziali è un'impresa in posizione dominante, tale condotta può configurare un abuso ai sensi dell'articolo 102 TFUE. Cfr., in particolare, la decisione della Commissione del 9 dicembre 2009 nel caso COMP/38.636 – *Rambus*.

³⁰⁸ LDO, § 456. Secondo le Linee Direttive, per assicurare che l'impegno FRAND sia realmente efficace, i partecipanti dovrebbero avere l'obbligo, in caso di cessione dei relativi DPI, di trasferire tale impegno all'acquirente/cessionario, ad esempio mediante un'apposita clausola contrattuale che ne imponga il rispetto.

³⁰⁹ LDO, § 457.

³¹⁰ Come osservato dalla **Corte di Giustizia nella pronuncia resa in via pregiudiziale nel caso Huawei/ZTE (C-170/13, cit.)**, l'impegno a concedere licenze a condizioni FRAND crea nei terzi legittime aspettative di

tecnologie attraverso *royalties* FRAND e ottenere una remunerazione per gli investimenti in ricerca e sviluppo effettuati³¹¹.

Se, come osservato dalla Corte di Giustizia nel caso *Huawei*, l'impegno a concedere licenze a condizioni FRAND crea nei terzi legittime aspettative a che il titolare del SEP conceda loro in concreto licenze a tali condizioni, la Commissione sottolinea anche che **non esiste una soluzione 'one size-fits-all'**: ciò che può essere considerato FRAND varia, ad esempio, da un settore all'altro e nel tempo. Pertanto, le condizioni FRAND **devono essere determinate caso per caso e spetta essenzialmente alle parti raggiungere un accordo, attraverso la negoziazione in buona fede delle licenze**³¹².

Riconoscendo, tuttavia, che vi è significativa incertezza su cosa esattamente s'intenda con la formula FRAND, oggetto di interpretazioni divergenti e frequenti controversie tra le parti, le LDO del 2023 forniscono indicazioni (aggiornate alla luce della Comunicazione del 2017 sui brevetti essenziali³¹³ e di quanto emerso dalla *litigation* a livello nazionale) **in merito ai principi di valutazione e ai metodi da seguire** per stabilire se le condizioni di licenza (e in particolare le royalties) siano FRAND. È indicato che³¹⁴:

ottenere in concreto dal titolare del SEP una licenza a tali condizioni. Di conseguenza, il rifiuto di concedere una licenza a condizioni FRAND può configurare, in determinate circostanze, un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE. Nella sentenza *Huawei*, la Corte di Giustizia ha, in particolare chiarito che il titolare di un SEP che si trovi in una posizione dominante e abbia assunto l'impegno nei confronti di un organismo di standardizzazione di concedere a terzi una licenza a condizioni FRAND, può agire a tutela del suo brevetto con azioni inibitorie (o per il richiamo dei prodotti) nei confronti di presunti contraffattori senza violare l'articolo 102 TFUE, se sono soddisfatti specifici requisiti volti a garantire un giusto equilibrio degli interessi in gioco (i.e. diritto del titolare di DPI di agire in giudizio per ottenere il rispetto effettivo dei suoi diritti esclusivi, legittime aspettative degli utilizzatori dello standard di accedere alla tecnologia in esso incorporata a condizioni FRAND). Occorre, in particolare che: a) prima di esperire tali azioni, il titolare abbia avvertito il presunto contraffattore della contraffazione ad esso addebitata; b) dopo che il presunto contraffattore/potenziale licenziatario abbia manifestato la sua volontà di stipulare una licenza, il titolare abbia trasmesso una proposta di licenza scritta a condizioni FRAND (specificando il corrispettivo e le modalità di calcolo), e c) il presunto contraffattore non abbia dato seguito tempestivamente e in buona fede (i.e. senza attuare tattiche dilatorie) a tale proposta, accettando l'offerta o presentando per iscritto una controproposta corrispondente alle condizioni FRAND. Qualora, in seguito alla controproposta, non sia raggiunto un accordo sulle condizioni FRAND, le parti possono decidere, di comune accordo, che la *royalty* sia determinata da un terzo indipendente. Nella sentenza *Huawei* la Corte di Giustizia, dunque, non ha chiarito quando una *royalty* possa essere considerata FRAND, ma ha fornito un *framework*, con obblighi sia in capo al titolare del SEP che in capo al potenziale licenziatario/utilizzatore, il cui rispetto consente, da un lato, di evitare il rischio di condotte abusive e, dall'altro, di assicurare la negoziazione in buona fede di condizioni di licenza FRAND.

³¹¹ LDO, § 458.

³¹² Cfr. Comunicazione della Commissione – *Definire l'approccio dell'UE ai brevetti essenziali*, COM (2017) 712 def., p. 7.

³¹³ COM (2017) 712, cit.

³¹⁴ LDO, §§ 460-461.

- occorre determinare se la royalty richiesta sia ragionevole in relazione al **valore economico della tecnologia brevettata** (a prescindere dalla sua inclusione nello standard);
- tale valore economico potrebbe basarsi sul **valore aggiunto attuale della tecnologia brevettata** e dovrebbe essere indipendente dal successo commerciale del prodotto, che non è legato alla tecnologia brevettata;
- esistono diversi metodi (utilizzabili anche in parallelo) per valutare se una royalty sia FRAND. Lasciando da parte i metodi basati sul costo, ritenuti in genere inadeguati, secondo le LDO, è possibile ad esempio: (i) **confrontare le royalties (ex ante)** applicate dall'impresa interessata in un ambiente concorrenziale prima dello sviluppo dello standard **con le royalties (ex post)** applicate dopo che il settore è stato vincolato allo standard; (ii) basarsi sulla **valutazione effettuata da un esperto indipendente**; (iii) far riferimento a **divulgazioni ex ante** delle condizioni per il rilascio delle licenze nell'ambito di uno specifico processo di standardizzazione; (iv) confrontare le **condizioni di licenza negli accordi stipulati dal titolare con altri utilizzatori** dello stesso standard; (v) far riferimento alle **royalties richieste per gli stessi brevetti** nel contesto di altri standard. Con l'obiettivo di evitare il c.d. *royalty stacking* ('accumulo delle royalties'), le nuove LDO includono inoltre, fra i metodi utilizzabili, quello consistente nel determinare, in prima battuta, un valore aggregato adeguato per tutti i brevetti essenziali relativi ad uno standard e, successivamente, la parte attribuibile a ciascun titolare.

8.2. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(3)

Le LDO riconoscono che gli accordi di standardizzazione spesso generano significative efficienze a vantaggio dei consumatori, in quanto possono, ad esempio: **favorire, mediante la definizione di standard a livello europeo, l'integrazione del mercato** e consentire alle imprese di commercializzare i propri prodotti in tutti gli Stati membri, con maggiore scelta per i consumatori e prezzi più bassi; **assicurare l'interoperabilità e la compatibilità tecnica di prodotti/servizi/tecnologie** di imprese diverse, contribuendo ad evitare la dipendenza da un fornitore particolare; **ridurre i costi di transazione** sia per i venditori che per gli acquirenti; **agevolare i consumatori nel confronto e nella scelta tra i prodotti** nonché **migliorarne la qualità** (attraverso, ad esempio, gli standard

di qualità, di sicurezza o ambientali); **ridurre il 'time to market' di nuove tecnologie e facilitare l'innovazione** permettendo alle imprese di basarsi su soluzioni concordate³¹⁵.

Ai fini dell'applicazione dell'articolo 101(3), le LDO forniscono indicazioni soprattutto in relazione al criterio dell'indispensabilità delle restrizioni contenute negli accordi di standardizzazione, che non devono andare al di là di quanto necessario per raggiungere i loro obiettivi, siano essi l'interoperabilità e la compatibilità tecnica o un certo livello di qualità.

In primo luogo, è ribadito che **limitazioni della partecipazione** al processo di standardizzazione (che deve essere aperta a tutti i concorrenti sul mercato) possono essere ritenute **indispensabili se consentono di evitare gravi inefficienze**, quali lunghi ritardi nel processo di adozione dello standard, purché siano eliminati o ridotti i loro eventuali effetti restrittivi (ad es. garantendo che le parti interessate siano comunque tenute informate dei lavori in corso e consultate)³¹⁶. In secondo luogo, è indicato che **includere**, come parte essenziale di uno standard, **brevetti (non complementari, ma) sostitutivi e limitare l'utilizzo della tecnologia in questione ad un particolare standard**, limitando la concorrenza tra tecnologie e costringendo gli utilizzatori dello standard a pagare per più brevetti di quanto sia tecnicamente necessario, **andrebbe oltre quanto necessario** per ottenere gli incrementi di efficienza. In linea di massima, non sono inoltre indispensabili le restrizioni di un accordo di standardizzazione che renda uno standard vincolante e obbligatorio per il settore oppure che conferisca ad alcuni organismi il diritto esclusivo di verificare il rispetto dello standard, salvo si tratti di un'esclusiva temporanea necessaria, ad esempio, per recuperare elevati costi di avviamento³¹⁷.

**Carattere
indispensabile**

Quanto al criterio del 'trasferimento ai consumatori' degli incrementi di efficienza conseguiti, secondo le LDO, i benefici per i consumatori **si possono presumere se gli standard agevolano l'interoperabilità e la compatibilità tecnica e/o la concorrenza tra prodotti, servizi e processi nuovi o esistenti**³¹⁸.

**Trasferimento ai
consumatori**

Infine, la possibilità che un accordo di standardizzazione consenta alle parti di eliminare la concorrenza dipende dalle fonti di concorrenza presenti sul mercato, dalla pressione concorrenziale che queste esercitano sulle parti e dall'influenza dell'accordo su tale

**Non
eliminazione
della
concorrenza**

³¹⁵ LDO, §§ 475-478. Le LDO precisano che, affinché tali incrementi di efficienza siano conseguiti, occorre che le informazioni necessarie per applicare lo standard siano effettivamente a disposizione di coloro che desiderano entrare sul mercato del prodotto/servizio a cui lo standard fa riferimento.

³¹⁶ LDO, § 479-481.

³¹⁷ LDO, §§ 482-484.

³¹⁸ LDO, § 485.

pressione concorrenziale. Come precisato nelle LDO, le quote di mercato, sebbene importanti, non costituiscono l'unico parametro per valutare l'esistenza di una concorrenza effettiva (salvo che uno standard diventi di fatto lo standard di settore), purché sia consentito l'effettivo accesso allo standard a condizioni FRAND³¹⁹.

9. CONDIZIONI STANDARD

Le LDO si applicano anche alle **condizioni standard³²⁰ di vendita o di acquisto definite da imprese concorrenti** (direttamente o attraverso un'associazione di categoria) in certi settori, nella misura in cui queste comportino un allineamento delle condizioni per la vendita o l'acquisto di beni o servizi a **clienti/fornitori terzi** (e non si tratti di condizioni di vendita/acquisto fra concorrenti)³²¹. Tali condizioni standard sono frequentemente utilizzate, ad esempio, nei settori bancario (es. le condizioni relative ai conti) e assicurativo.

9.1. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(1)

Le condizioni standard in genere producono effetti sul **mercato a valle in cui le imprese che le utilizzano sono in concorrenza tra di loro nella vendita dei prodotti ai clienti** e possono restringere la concorrenza in vari modi, ad esempio **limitando la concorrenza sui prezzi**, quando incidono sulle condizioni commerciali di vendita (inclusi i prezzi) del prodotto finale, **limitando la scelta** dei prodotti e **l'innovazione** oppure **precludendo l'accesso al mercato a nuove imprese**, quando le condizioni standard sono adottate su larga scala in un determinato settore e l'accesso alle stesse non è aperto a qualsiasi impresa intenda utilizzarle³²².

Restrizioni per oggetto

In generale le condizioni standard comportano restrizioni della concorrenza per oggetto quando **incidono direttamente sui prezzi applicati** ai clienti (i.e. prezzi raccomandati, sconti ecc.) oppure quando sono **utilizzate per escludere concorrenti** effettivi o potenziali, ad esempio nel caso di un'associazione di categoria che impedisca ad un

³¹⁹ LDO, § 486.

³²⁰ Alle condizioni standard è dedicato il **capitolo 8 delle LDO** (§§ 490-514).

³²¹ LDO, §§ 490-491. Non trattandosi di accordi orizzontali, non rientrano, invece, nell'ambito delle LDO le condizioni standard definite e utilizzate unilateralmente da una singola impresa nei contratti con i propri fornitori o clienti

³²² LDO, §§ 493-495.

nuovo concorrente di accedere alle sue condizioni standard, il cui utilizzo è cruciale per entrare in quel mercato³²³.

Effetti restrittivi per la concorrenza

Negli altri casi, le LDO indicano che effetti negativi sulla concorrenza sono, in genere, **improbabili se la partecipazione all'elaborazione di condizioni standard è aperta a tutti i concorrenti sul mercato rilevante, tali condizioni sono effettivamente accessibili a qualsiasi impresa e il loro utilizzo non è obbligatorio**³²⁴.

Una **valutazione più attenta** degli effetti sulla concorrenza è invece necessaria nei due scenari illustrati di seguito:

- quando **le condizioni standard definiscono le caratteristiche del prodotto finale venduto al cliente**, l'utilizzo diffuso e l'applicazione congiunta di tali condizioni possono comportare un allineamento di fatto, riducendo l'innovazione e la varietà dei prodotti sul mercato e limitando la scelta dei consumatori. Anche nel caso in cui il loro utilizzo non sia obbligatorio, le condizioni standard potrebbero ridurre gli incentivi delle imprese a farsi concorrenza diversificando i propri prodotti. Nel valutare i possibili effetti restrittivi sulla varietà del prodotto delle condizioni standard occorre considerare fattori quali il livello di concorrenza esistente sul mercato e le quote di mercato delle imprese che partecipano alla definizione delle condizioni standard, nonché la portata di tali condizioni (i.e. se coprano il prodotto interamente o solo in parte). Se sul mercato vi è un numero ridotto di imprese di grandi dimensioni è, infatti, più probabile che le condizioni standard siano utilizzate da un'ampia quota del mercato e maggiore il rischio di una limitazione della varietà del prodotto³²⁵. Condizioni standard caratteristiche di prodotti finali
- le condizioni standard, anche qualora non definiscano le caratteristiche del prodotto finale, possono incidere in maniera significativa sulle scelte dei clienti. Un esempio significativo è quello del **commercio online, in cui la fiducia è un fattore cruciale per i clienti/consumatori** che, riguardo a parametri quali i sistemi di pagamento sicuro, la descrizione esatta dei prodotti, regole chiare e trasparenti di fissazione dei prezzi, la flessibilità della politica dei resi, tendono a preferire e affidarsi a pratiche diffuse. In questo contesto, le condizioni standard, pur non essendo vincolanti, potrebbero diventare uno standard *de facto*, con Commercio online

³²³ LDO, §§ 496-497.

³²⁴ LDO, § 499.

³²⁵ LDO, §§ 501-502.

effetti simili a quelli di uno standard vincolante, a cui le imprese dovrebbero conformarsi per poter operare sul mercato³²⁶.

9.2. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(3)

La Commissione riconosce che l'utilizzo di condizioni standard può creare benefici per i consumatori, nella misura in cui, ad esempio, rende più agevole per i clienti il **confronto tra le condizioni offerte e, quindi facilita il passaggio ad altri fornitori, riduce i costi di transazione**, aumenta la **certezza giuridica** per le parti contraenti e, in alcuni settori, **agevola l'ingresso sul mercato**³²⁷.

Quanto al carattere indispensabile delle restrizioni, è indicato che generalmente **non è giustificato rendere l'utilizzo delle condizioni standard obbligatorio per il settore**, salvi i casi in cui ciò sia indispensabile per conseguire specifici incrementi di efficienza³²⁸.

Dato che la probabilità di incrementi di efficienza (così come il rischio di effetti restrittivi della concorrenza) è proporzionale alla quota di mercato delle imprese partecipanti e a quanto è diffuso l'utilizzo delle condizioni standard, le LDO sottolineano che non è possibile stabilire un *safe harbour* che consenta di presumere che i guadagni di efficienza saranno trasferiti ai consumatori in misura sufficiente a controbilanciare gli effetti restrittivi, ma occorrerà valutare caso per caso e nel contesto economico pertinente la probabilità che tale trasferimento si verifichi. Tuttavia, alcuni incrementi di efficienza, come la maggiore confrontabilità delle offerte sul mercato, la possibilità di cambiare agevolmente fornitore e la certezza del diritto, risultano necessariamente vantaggiosi per i consumatori³²⁹.

Infine, se è vero che condizioni standard utilizzate dalla maggior parte di un settore possono creare uno *standard* di fatto, con conseguenti rischi per la concorrenza se l'effettivo accesso a tale standard viene precluso ai terzi, le LDO precisano, tuttavia, che **è improbabile che la concorrenza sia eliminata se le condizioni standard riguardano caratteristiche minori del prodotto/servizio**³³⁰.

³²⁶ LDO, § 503.

³²⁷ LDO, §§ 506-507.

³²⁸ LDO, § 508.

³²⁹ LDO, §§ 509-510.

³³⁰ LDO, § 511.

10. ACCORDI DI SOSTENIBILITÀ

L'introduzione di orientamenti per la valutazione antitrust degli accordi di sostenibilità rappresenta una delle novità più significative della revisione del 2023.

Negli ultimi anni, il tema del rapporto tra il diritto antitrust e le politiche europee in materia di *Green Deal* e sostenibilità e, in particolare, di come e in che misura le regole di concorrenza possano contribuire a risolvere fallimenti di mercato o della regolazione in questo ambito, è stato al centro di un significativo dibattito³³¹. Con riferimento all'applicazione del divieto di intese restrittive di cui all'art. 101 TFUE, l'attenzione si è concentrata sulla questione se, e a quali condizioni, accordi tra imprese concorrenti volti a perseguire obiettivi di sostenibilità potessero essere ritenuti compatibili con l'articolo 101 TFUE e, quindi, leciti. La sostanziale incertezza al riguardo, dovuta alla mancanza di orientamenti in merito alla valutazione antitrust di tali accordi nelle linee guida del 2010, rischiava infatti di scoraggiare iniziative virtuose di collaborazione, necessarie e capaci di generare significativi benefici. In risposta alla richiesta di maggiore chiarezza da parte delle imprese, nelle LDO del 2023 la Commissione ha pertanto introdotto un capitolo *ad hoc* dedicato alla valutazione degli accordi di sostenibilità³³², adottando un approccio che mira a contemperare le esigenze, da un lato, di non ostacolare iniziative 'genuine' finalizzate al conseguimento di obiettivi di sostenibilità e, dall'altro, di assicurare un *enforcement* efficace rispetto ai rischi di *greenwashing*.

Oltre alle indicazioni generali fornite nelle LDO, la Commissione si è impegnata a fornire orientamenti informali, su richiesta delle imprese, in merito a questioni nuove o irrisolte relative a singoli accordi di sostenibilità³³³. Come ricordato, lo strumento dell'*informal guidance* è stato utilizzato per la prima volta dalla Commissione solo recentemente, con riferimento ad un accordo volto a perseguire obiettivi di sostenibilità nel settore portuale³³⁴.

10.1. Ambito di applicazione

Le LDO ricordano che lo sviluppo sostenibile è un principio fondante e un obiettivo prioritario dell'Unione ai sensi dell'articolo 3 del Trattato sull'Unione Europea (TUE) e che il concetto di sostenibilità include attività a sostegno dello sviluppo economico, ambientale e sociale. Di conseguenza anche la **nozione di 'obiettivi di sostenibilità'**

Obiettivi di sostenibilità

³³¹ Cfr. Consultazione della Commissione 'Competition Policy supporting the Green Deal' (13 ottobre 2020); Competition Policy Brief n. 1/2021, *Competition Policy in Support of Europe's Green Ambition*.

³³² Agli accordi di sostenibilità è dedicato il **capitolo 9 delle LDO** (§§ 515-603).

³³³ LDO, § 515.

³³⁴ cfr. *supra*, nota 21.

comprende un **ampio spettro di finalità**, sia **ambientali** (es. il contrasto dei cambiamenti climatici, la riduzione dell'inquinamento, la limitazione dell'uso delle risorse naturali, la riduzione dei rifiuti, ecc.) che **economiche e sociali** (es. la difesa dei diritti del lavoro e umani, la promozione di infrastrutture resiliency e dell'innovazione, ecc.)³³⁵.

Accordo di sostenibilità Per 'accordo di sostenibilità' deve intendersi, dunque, **qualsiasi accordo di cooperazione orizzontale che persegua un obiettivo di sostenibilità**, indipendentemente dalla forma della cooperazione³³⁶.

Gli accordi di sostenibilità **non sono, infatti, un'autonoma e distinta categoria di accordo di cooperazione**, ma una caratterizzazione ulteriore che qualsiasi tipo di accordo di cooperazione previsto dalle LDO (es. R&S, acquisto, produzione ecc.) può assumere se persegue anche obiettivi di sostenibilità. La valutazione degli accordi di sostenibilità dovrà essere pertanto effettuata sulla base sia delle indicazioni specifiche fornite per tali accordi dalle LDO che dei criteri previsti per l'accordo di cooperazione di volta in volta realizzato. Si pensi, ad esempio, ad un accordo di R&S per lo sviluppo di una tecnologia che riduce il consumo di energia o ad un accordo per acquistare in comune, come fattore produttivo, esclusivamente prodotti a basso impatto ambientale. Tali accordi dovranno essere valutati, nel primo caso, sulla base del BER R&S e delle indicazioni del capitolo 2 (accordi di R&S) delle LDO e, nel secondo caso, ai sensi del capitolo 4 (accordi di acquisto), tenendo conto al contempo delle indicazioni del capitolo 9 sugli accordi di sostenibilità. L'unica eccezione riguarda gli accordi di standardizzazione in materia di sostenibilità che sono, invece, disciplinati separatamente dagli altri accordi di standardizzazione³³⁷.

Come la Commissione riconosce nelle LDO, un problema legato allo sviluppo sostenibile è dato dal fatto che le decisioni individuali in materia di produzione e consumo possono avere effetti negativi sull'ambiente ('esternalità negative') che non vengono sufficientemente tenuti in conto dagli operatori economici o i consumatori che li causano. Sebbene tali fallimenti del mercato siano generalmente affrontati mediante politiche pubbliche o normative settoriali specifiche (es. tasse ambientali, sistema ETS ecc.), la cooperazione tra imprese concorrenti che promuove la produzione o il consumo sostenibili può in alcuni casi risultare necessaria, fermo restando tuttavia il **ruolo secondario e complementare degli accordi di cooperazione** 'che possono affrontare

³³⁵ LDO, §§ 515-517.

³³⁶ LDO, § 521.

³³⁷ LDO, §§ 523-525. Cfr., *infra*, par. 10.3, lett. b).

fallimenti di mercato residui che non sono o non sono pienamente affrontati dalle politiche e dalle normative pubbliche³³⁸.

10.2. Accordi che non sollevano preoccupazioni concorrenziali

Le LDO chiariscono che gli **accordi di sostenibilità che non incidono negativamente su nessuno dei parametri di concorrenza** (i.e. prezzo, quantità, qualità, scelta o innovazione) non destano preoccupazioni concorrenziali e, pertanto, non rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 101 TFUE³³⁹. In via esemplificativa, si tratta degli accordi che:

- (i) **obbligano le parti, i loro fornitori e/o i loro distributori a rispettare obblighi o divieti sufficientemente precisi previsti da trattati, accordi o convenzioni internazionali vincolanti**, a prescindere dal fatto che siano stati o meno recepiti nel diritto nazionale (ad esempio, il rispetto dei diritti sociali fondamentali o i divieti relativi all'uso del lavoro minorile o all'uso di taluni inquinanti), e che non sono pienamente realizzati o applicati da uno Stato firmatario³⁴⁰; Rispetto di obblighi o divieti internazionali
- (ii) **non riguardano l'attività economica delle imprese concorrenti, ma il loro comportamento interno** (es. accordo per utilizzare solo materiali riciclabili nei loro locali commerciali o per limitare il volume dei documenti stampati)³⁴¹; Comportamento aziendale
- (iii) sono finalizzati alla **creazione di una banca dati** contenente informazioni generali sui fornitori che utilizzano processi di produzione o forniscono prodotti (non) sostenibili oppure sui distributori che commercializzano i prodotti in modo (non) sostenibile, **senza tuttavia imporre obblighi o divieti** di acquistare da tali fornitori o vendere a tali distributori³⁴²; Creazione di banche dati su fornitori (non) sostenibili
- (iv) riguardano l'organizzazione di **campagne di sensibilizzazione** a livello di settore o dei clienti in merito all'impatto ambientale dei loro consumi³⁴³. Campagne di sensibilizzazione

³³⁸ LDO, §§ 518-520.

³³⁹ Linee Direttive, §§ 527-531.

³⁴⁰ LDO, § 528. Come chiarito, accordi di questo tipo possono costituire una misura adeguata per **consentire alle imprese di adempiere ai loro obblighi di due diligences in materia di sostenibilità ai sensi del diritto nazionale o dell'Unione** e possono anche costituire **parte di iniziative di cooperazione industriale o multilaterali più ampie (es. alleanze industriali)** volte a individuare, attenuare e prevenire gli impatti negativi sulla sostenibilità nelle loro catene del valore o nel loro settore.

³⁴¹ LDO, § 529.

³⁴² LDO, § 530. Anche con riguardo alla creazione di banche dati di questo tipo, le LDO sottolineano che **tali forme limitate di scambi di informazioni possono aiutare le imprese a rispettare gli obblighi di due diligences in materia di sostenibilità** previsti dal diritto nazionale o dell'UE.

³⁴³ LDO, § 531.

10.3. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(1)

10.3.1. Principi generali

Le LDO forniscono orientamenti più dettagliati con riguardo ad una particolare categoria di accordi di sostenibilità – gli accordi di standardizzazione in materia di sostenibilità – limitandosi, per la valutazione degli altri accordi, a stabilire alcuni principi generali. E', in particolare, indicato che:

- **il riferimento ad un obiettivo di sostenibilità non è di per sé sufficiente per sfuggire al divieto di cui all'articolo 101(1)** quando l'accordo di cooperazione restringe la concorrenza, incidendo negativamente su uno o più parametri della concorrenza³⁴⁴;
- il perseguitamento di un obiettivo di sostenibilità è invece **rilevante al fine di stabilire se l'accordo restringe la concorrenza per oggetto**. In particolare, se le parti dimostrano che l'obiettivo di sostenibilità costituisce l'oggetto principale dell'accordo e ciò giustifica un dubbio ragionevole quanto all'oggetto anticoncorrenziale dell'accordo, bisognerà valutare gli effetti dell'accordo sulla concorrenza³⁴⁵. Non sarà invece necessario se l'obiettivo di sostenibilità non è 'reale', ma è utilizzato per dissimulare una restrizione per oggetto, quale ad esempio una fissazione dei prezzi o una ripartizione del mercato o della clientela;
- il **coinvolgimento di autorità pubbliche nazionali o locali nel processo di conclusione di accordi di sostenibilità** o la conoscenza da parte di tali autorità dell'esistenza di tali accordi non impedisce di per sé l'applicazione dell'articolo 101. Tuttavia, nel caso in cui le autorità pubbliche non si siano limitate a sollecitarla o facilitarla ma abbiano forzato la conclusione di accordi di sostenibilità, le imprese non saranno ritenute responsabili per eventuali accordi restrittivi ai sensi dell'articolo 101³⁴⁶.

³⁴⁴ LDO, §§ 521 e 532.

³⁴⁵ LDO, § 534-535. Nella **valutazione degli effetti** di un accordo di sostenibilità occorrerà tener conto di una **serie di fattori**, quali il **potere di mercato** delle parti, la **misura in cui l'accordo limita l'indipendenza decisionale** delle parti rispetto ai principali parametri della concorrenza, la **copertura di mercato dell'accordo**, la **misura in cui le informazioni commercialmente sensibili sono scambiate** nel contesto dell'accordo, **se l'accordo comporta un aumento sensibile dei prezzi o una riduzione sensibile della produzione, della varietà, della qualità o dell'innovazione**.

³⁴⁶ LDO, §§ 597-598.

10.3.2. Accordi di standardizzazione in materia di sostenibilità

Come anticipato, le LDO dedicano particolare attenzione ad una sottocategoria di accordi di sostenibilità, i.e. gli accordi di standardizzazione in materia di sostenibilità (che vengono trattati separatamente dagli altri accordi di standardizzazione³⁴⁷).

Si tratta di accordi mediante i quali **imprese concorrenti si impegnano ad adottare e rispettare determinati standard di sostenibilità**, al fine, ad esempio, di eliminare gradualmente o sostituire prodotti (es. plastica o combustibili fossili) e processi (es. produzione di acciaio alimentata a carbone) non sostenibili con prodotti e processi sostenibili, armonizzare i materiali o le dimensioni degli imballaggi per facilitare il riciclaggio e ridurre i rifiuti oppure acquistare soltanto fattori produttivi che sono fabbricati in modo sostenibile. Tali accordi solitamente stabiliscono l'obiettivo di sostenibilità da raggiungere, fornendo orientamenti, regole o caratteristiche per i prodotti e i procedimenti in relazione ad un'ampia serie di parametri di sostenibilità, quali gli impatti ambientali della produzione, e specificano le prescrizioni che i produttori, i trasformatori, i distributori, i venditori al dettaglio o i fornitori di servizi di una catena di approvvigionamento devono rispettare in relazione a tali parametri³⁴⁸.

Gli standard di sostenibilità hanno spesso effetti positivi per la concorrenza, in quanto possono consentire lo sviluppo di prodotti o mercati nuovi o migliorare la qualità dei prodotti e le condizioni di offerta o di distribuzione. Inoltre, fornendo informazioni sui prodotti sostenibili (ad esempio attraverso i marchi o le etichette ecologiche), mettono i consumatori nella condizione di prendere decisioni di acquisto informate, favorendo in tal modo lo sviluppo dei mercati dei prodotti sostenibili³⁴⁹.

³⁴⁷ Al riguardo, le LDO (§§ 540-544) sottolineano che **gli standard di sostenibilità presentano alcune caratteristiche distintive rispetto ai tradizionali accordi di standardizzazione**, in quanto: (i) possono portare alla **creazione di marchi, loghi o etichette ecologiche** per i prodotti che soddisfano determinati requisiti minimi; (ii) il loro rispetto può comportare **elevati costi di adeguamento** e, di conseguenza, un **aumento dei prezzi dei prodotti venduti**; (iii) a differenza degli standard tecnici, **le questioni dell'interoperabilità e della compatibilità tra tecnologie sono in genere meno rilevanti**; (iv) nella maggior parte dei casi gli standard di sostenibilità **si limitano a prescrivere un obiettivo da raggiungere senza imporre tecnologie o metodi di produzione specifici per conseguirlo**.

³⁴⁸ LDO, §§ 538-539. Si tratta in genere di iniziative private che possono assumere forme diverse, da codici di condotta adottati da imprese a standard promossi da organizzazioni della società civile o iniziative multilaterali che coinvolgono imprese lungo la catena del valore.

³⁴⁹ LDO, § 545.

Preoccupazioni concorrenziali Gli standard di sostenibilità possono, tuttavia, anche restringere la concorrenza in vari modi, attraverso il coordinamento dei prezzi, la preclusione di standard alternativi o l'esclusione o discriminazione di alcuni concorrenti³⁵⁰.

Restrizioni per oggetto

Nonostante il perseguitamento di obiettivi di sostenibilità, gli **accordi che sono utilizzati per dissimulare una fissazione dei prezzi, la ripartizione del mercato o dei clienti, limitazioni della produzione, della qualità o dell'innovazione**, costituiscono restrizioni della concorrenza per oggetto³⁵¹. In particolare, rientrerebbero in tale categoria accordi tra concorrenti volti a: (i) aumentare i prezzi dei prodotti in seguito all'adozione di uno standard di sostenibilità; (ii) esercitare pressioni su terzi concorrenti per indurli a non commercializzare prodotti non conformi allo standard; (iii) limitare lo sviluppo tecnologico agli standard minimi di sostenibilità richiesti dalla legge, anziché cooperare per conseguire obiettivi ambientali più ambiziosi³⁵².

Effetti restrittivi della concorrenza

Un aspetto significativo sotto il profilo della certezza giuridica è che, al di fuori dell'ambito delle restrizioni per oggetto, le LDO stabiliscono un **soft safe harbour**, in base al quale è improbabile che un accordo di standardizzazione in materia di sostenibilità produca effetti negativi sensibili sulla concorrenza e, dunque, ricada nel campo di applicazione dell'articolo 101(1), se sono soddisfatte, in via cumulativa, le seguenti sei condizioni³⁵³:

Condizioni per beneficiare del safe harbour

- deve essere prevista una **procedura trasparente** e una **partecipazione aperta** (a tutti i concorrenti) al processo di selezione e definizione dello standard di sostenibilità;
- non deve esservi alcun obbligo per le imprese non partecipanti di rispettare lo standard;

³⁵⁰ LDO, § 546.

³⁵¹ LDO, §§ 547-548.

³⁵² Cfr. caso AT.40178, *Car Emissions*, in cui la Commissione ha sanzionato tre grandi case automobilistiche per aver realizzato un cartello volto rallentare lo sviluppo e l'introduzione di tecnologie avanzate di riduzione delle emissioni prodotte dagli autoveicoli. La cooperazione illecita riguardava in particolare lo sviluppo della tecnologia AdBlue/SCR che consente di ridurre le emissioni di ossidi di azoto prodotte dai gasi di scarico delle automobili diesel. Secondo la Commissione, attraverso il coordinamento di alcune caratteristiche tecniche, le parti avevano evitato di farsi concorrenza sull'utilizzo del pieno potenziale di tali tecnologie oltre il minimo richiesto dalla legge.

³⁵³ LDO, § 549.

-
- le imprese partecipanti devono **rimanere libere di applicare standard di sostenibilità più rigorosi** rispetto allo standard concordato;
 - gli **scambi di informazioni** commercialmente sensibili tra le parti devono essere **limitati a quanto oggettivamente necessario e proporzionato** per la definizione, l'adozione e l'attuazione dello standard;
 - deve essere garantito un **accesso effettivo e non discriminatorio ai risultati del processo di standardizzazione** (i.e. ai requisiti e alle condizioni per l'utilizzo dell'etichetta, del logo o del marchio concordati) e bisogna consentire alle imprese che non hanno partecipato al processo di definizione dello standard di adottarlo in una fase successiva;
 - lo **standard di sostenibilità** deve soddisfare almeno una delle seguenti due condizioni: (i) **non deve comportare un aumento significativo del prezzo o una riduzione significativa della qualità** dei prodotti; oppure, in alternativa (ii) **la quota di mercato congiunta** delle imprese partecipanti **non deve superare il 20%** sui mercati rilevanti interessati dallo standard.

Non rientra fra le condizioni richieste per l'applicazione del *soft safe harbour* la presenza di un **meccanismo di monitoraggio** diretto a garantire il rispetto dello standard di sostenibilità, la cui previsione è, tuttavia, un fattore rilevante per valutare se l'accordo abbia come finalità principale il perseguimento di un obiettivo di sostenibilità³⁵⁴.

Le LDO chiariscono, infine, che il mancato rispetto di una (o più) delle condizioni del *soft safe harbour* non fa presumere che l'accordo sia restrittivo della concorrenza; in tal caso, occorrerà effettuare una valutazione individuale dell'accordo ai sensi dell'articolo 101³⁵⁵. Effetti anticoncorrenziali sensibili saranno comunque improbabili se esiste una sufficiente concorrenza da parte di marchi o standard di sostenibilità alternativi e/o di prodotti che non sono soggetti ad alcuno standard³⁵⁶.

10.4. Valutazione ai sensi dell'articolo 101(3)

Al di là degli accordi che soddisfano le condizioni del *safe harbour*, poiché produrre o distribuire prodotti in maniera più sostenibile comporta generalmente costi più elevati, è probabile che gli accordi di sostenibilità incidano quanto meno su uno dei parametri della concorrenza (i.e. il prezzo) e violino l'articolo 101(1). Diventa, allora, cruciale stabilire se essi possano beneficiare dell'esenzione di cui all'articolo 101(3). Per tale ragione, le LDO dedicano una trattazione approfondita a questa fase della valutazione, fornendo

³⁵⁴ LDO, § 553 e nota 386.

³⁵⁵ LDO, § 552.

³⁵⁶ LDO, § 555.

indicazioni dettagliate sulle quattro condizioni che devono essere soddisfatte ai fini dell'applicabilità dell'esenzione.

(i) *Incrementi di efficienza*

Le LDO accolgono una **nozione ampia di 'incrementi di efficienza'** che consente di considerare una vasta gamma di **benefici in termini di sostenibilità, di natura qualitativa o quantitativa**, quali, ad esempio: l'utilizzo di tecnologie di produzione o distribuzione meno inquinanti, migliori condizioni di produzione o distribuzione, infrastrutture più resistenti, prodotti di migliore qualità, la riduzione delle perturbazioni nella catena di approvvigionamento, la riduzione dei tempi necessari per immettere sul mercato prodotti sostenibili o i vantaggi per i consumatori derivanti dalla possibilità di confrontare più agevolmente i prodotti e prendere decisioni di acquisto informate³⁵⁷. In ogni caso, gli incrementi di efficienza dichiarati dalle parti devono essere **comprovati, oggettivi, concreti e verificabili**³⁵⁸.

(ii) *Carattere indispensabile delle restrizioni*

Per soddisfare la condizione del 'carattere indispensabile', le parti devono dimostrare che le restrizioni della concorrenza derivanti dal loro accordo sono ragionevolmente necessarie per conseguire i benefici in termini di sostenibilità dichiarati e non esistono, a tal fine, alternative meno restrittive.

Al riguardo, le LDO indicano che, in linea di principio, quando i consumatori sono in grado di apprezzare i benefici in termini di sostenibilità ed esiste una domanda per i prodotti sostenibili (i.e. una sufficiente disponibilità a pagare dei consumatori), gli accordi di cooperazione non sono di per sé indispensabili per conseguire benefici in termini di sostenibilità³⁵⁹. Anche in questo caso, tuttavia, la cooperazione può essere ritenuta indispensabile se consente di raggiungere un obiettivo di sostenibilità in modo più efficiente sotto il profilo dei costi o più rapidamente³⁶⁰.

Un accordo di sostenibilità può, inoltre, risultare necessario in altri casi in cui, a causa di esternalità negative o altri fallimenti del mercato, i benefici in termini di sostenibilità non

³⁵⁷ LDO, §§ 557-558.

³⁵⁸ LDO, § 559.

³⁵⁹ in linea di principio, infatti, se esiste una domanda per prodotti più sostenibili e sufficiente disponibilità a pagare da parte dei consumatori, l'impresa che decida autonomamente di avviare una produzione più sostenibile non risulterebbe penalizzata rispetto alle imprese concorrenti, potendo trasferire i costi più elevati sui prezzi applicati ai consumatori che sono disposti a pagare di più per il prodotto, in quanto ne apprezzano le caratteristiche di sostenibilità.

³⁶⁰ LDO, § 562.

possono essere conseguiti attraverso la libera interazione delle forze di mercato oppure possono essere conseguiti in modo più efficiente sotto il profilo dei costi attraverso la cooperazione tra le imprese. Si tratta dei casi in cui la cooperazione è, ad esempio, necessaria per:

- **superare il c.d. *first mover disadvantage*** ('svantaggio della prima mossa'), dovuto al rischio di *free-riding* in relazione agli investimenti effettuati dall'impresa che, per prima, inizia a commercializzare e promuovere, fornendo informazioni ai consumatori, un prodotto sostenibile e che i concorrenti non dovranno, a loro volta, sostenere per lanciare versioni sostenibili dei propri prodotti (una volta che la domanda dei consumatori sia stata già creata)³⁶¹;
- **realizzare economie di scala** necessarie per coprire i costi fissi di creazione, funzionamento e controllo del marchio o dello standard di sostenibilità o allineare gli incentivi delle parti ad impegnarsi nell'attuazione dell'accordo di sostenibilità³⁶²;
- **spingere le preferenze dei consumatori**, nei casi in cui i consumatori, per mancanza di conoscenze o informazioni sufficienti, tendono a sovrastimare la portata degli effetti negativi immediati (es. aumento del prezzo) e non sono in grado di valutare in maniera oggettiva i benefici futuri, in termini di miglioramento della qualità e dell'innovazione, che otterranno dall'accordo di sostenibilità³⁶³;
- **risolvere fallimenti del mercato residui** non affrontati da politiche e normative pubbliche (ad esempio, quando le imprese concludono un accordo per definire uno standard di sostenibilità sostanzialmente più rigoroso rispetto a quello stabilito dalla normativa) oppure **conseguire l'obiettivo di sostenibilità in maniera più efficiente o più rapida**³⁶⁴. Per contro, è precisato che, quando la normativa europea o nazionale imponga il rispetto di specifici obblighi in materia di sostenibilità (es. obblighi ETS), gli accordi di cooperazione non possono essere considerati indispensabili per garantire il rispetto di tali obblighi, dato che ciascuna impresa è già tenuta a rispettarli individualmente³⁶⁵.

**First mover
disadvantage**

**Economie di
scala**

**Bias
comportamentali**

**Residui
fallimenti di
mercato**

³⁶¹ LDO, § 566 e nota 398.

³⁶² LDO, § 567.

³⁶³ LDO, § 563. Ad esempio, se i produttori di beni di largo consumo riducono gli imballaggi in eccesso mantenendo gli stessi contenuti, i consumatori non subiranno alcun danno; tuttavia, potrebbero percepire l'imballaggio più piccolo come una riduzione della quantità.

³⁶⁴ LDO, §§ 564-565.

³⁶⁵ LDO, § 564.

(iii) *Trasferimento ai consumatori*

Affinché l'articolo 101(3) sia applicabile, occorre che ai consumatori sia riservata una 'congrua parte' dei benefici in termini di sostenibilità derivanti dall'accordo.

Le LDO chiariscono che i consumatori ricevono una congrua parte dei benefici quando i benefici derivanti dall'accordo superano il danno causato dallo stesso, di modo che l'effetto complessivo sui consumatori nel mercato rilevante sia quanto meno neutro. Di conseguenza, i benefici in termini di sostenibilità derivanti da un accordo devono andare a favore dei consumatori dei prodotti oggetto di tali accordi.

La Commissione mantiene, dunque, fermo il principio per cui deve essere assicurata la **piena compensazione dei consumatori pregiudicati dall'accordo restrittivo**. Tuttavia, le LDO ampliano la gamma dei benefici che possono essere considerati nell'esercizio di bilanciamento degli effetti positivi e negativi dell'accordo, individuando le seguenti tre tipologie di benefici: (i) benefici individuali legati all'uso; (ii) benefici individuali non legati all'uso; (iii) benefici collettivi.

(i) Benefici individuali legati all'uso³⁶⁶. Sono i benefici che derivano dall'uso di prodotti sostenibili e migliorano direttamente l'esperienza del consumatore, che può godere di una qualità migliore oppure di una maggiore varietà dei prodotti (ad esempio, le verdure coltivate utilizzando i fertilizzanti organici possono avere un gusto migliore e/o essere più sane per i consumatori rispetto agli ortaggi coltivati con gli altri fertilizzanti). Si tratta di classici incrementi di efficienza qualitativi che possono compensare il danno causato dall'accordo in termini di aumento dei prezzi (dovuto, ad esempio, all'utilizzo concordato di fattori produttivi sostenibili più costosi) o di riduzione della scelta (dovuta all'esclusione di un fattore produttivo non sostenibile). I benefici per i consumatori possono consistere anche in una diminuzione del prezzo derivante da efficienze in termini di costi. Ad esempio, un accordo per la riduzione degli imballaggi può ridurre anche i costi di produzione/distribuzione e, quindi, il prezzo del prodotto finale.

(ii) Benefici individuali non legati all'uso³⁶⁷. Si tratta di benefici qualitativi indiretti, c.d. '*feel good benefits*', legati alla valutazione che i consumatori fanno dell'impatto del loro consumo sostenibile su altri (i.e. la società, le generazioni future). I consumatori, infatti, possono essere disposti a pagare un prezzo più elevato per un prodotto sostenibile non perché sia di per sé migliore, ma perché

³⁶⁶ LDO, §§ 571-574.

³⁶⁷ LDO, §§ 575-581.

incide meno negativamente sugli altri (es. acquistare un certo detergente non perché pulisce meglio, ma perché inquina meno l'acqua). Per poter considerare tali benefici ai fini dell'applicazione dell'articolo 101(3), le parti dell'accordo di cooperazione devono essere in grado di fornire elementi di prova a sostegno delle preferenze effettive dei consumatori (i.e. la loro disponibilità a pagare)³⁶⁸.

(iii) *Benefici collettivi*³⁶⁹. Si tratta di benefici che si verificano indipendentemente dalla valutazione individuale del prodotto da parte del consumatore e riguardano una parte più ampia della società rispetto ai soli consumatori nel mercato rilevante. Come ricordato nelle LDO, non sempre le azioni individuali e volontarie dei consumatori sono, infatti, sufficienti ad 'internalizzare' le esternalità negative causate dal consumo non sostenibile, il cui impatto non è necessariamente limitato al singolo consumatore, ma può riguardare un gruppo più ampio. I consumatori potrebbero non essere disposti, ad esempio, a pagare di più per un prodotto fabbricato con una tecnologia a basse emissioni ma costosa. In questi casi per conseguire l'obiettivo di sostenibilità (es. la riduzione delle emissioni) e apportare benefici a una parte più ampia della società, può essere necessaria un'iniziativa collettiva, ad esempio un accordo di cooperazione volto ad eliminare gradualmente la tecnologia inquinante.

**Benefici
collettivi**

Le LDO, tuttavia, precisano che tali benefici collettivi possono essere presi in considerazione nell'esercizio di bilanciamento degli effetti positivi e negativi dell'accordo soltanto a condizione che l'insieme più ampio dei beneficiari ricomprenda i consumatori nel mercato rilevante (che subiscono gli effetti restrittivi dell'accordo), che vi sia cioè una sostanziale sovrapposizione tra i due gruppi, e che i benefici collettivi che si verificano al di fuori del mercato siano sufficientemente significativi da compensare i consumatori nel mercato rilevante per il danno subito³⁷⁰. Le LDO forniscono, al riguardo, due esempi: nel caso dei conducenti che acquistano combustibili verdi e traggono vantaggio, insieme agli altri cittadini, da un'aria più pulita, è possibile stabilire una sostanziale sovrapposizione tra i consumatori ('conducenti') e i beneficiari più ampi (cittadini) e, di conseguenza, i benefici derivanti dall'aria più pulita possono essere presi in considerazione a condizione che compensino i consumatori nel mercato rilevante per il danno subito; al contrario, è improbabile che vi sia una sovrapposizione sostanziale fra i consumatori che acquistano indumenti realizzati in cotone sostenibile e i beneficiari dei

**Sovraposizione
tra beneficiari e
consumatori del
mercato
rilevante**

³⁶⁸ Secondo le LDO, le preferenze dei consumatori possono essere esaminate, ad esempio, mediante indagini presso i consumatori (§§ 578-579).

³⁶⁹ LDO, §§ 582-589.

³⁷⁰ LDO, §§ 583-584.

benefici ambientali derivanti dalla coltivazione sostenibile (i.e. riduzione del consumo di fertilizzanti e acqua) che si realizzano soltanto nella zona in cui viene coltivato il cotone e non vanno a vantaggio dei consumatori nel mercato rilevante³⁷¹.

Affinché i benefici collettivi possano essere tenuti in considerazione, le parti dell'accordo devono essere, dunque, in grado di: (i) descrivere chiaramente i benefici dichiarati e dimostrare che si sono già verificati o che è probabile che si verifichino; (ii) definire chiaramente i beneficiari; (iii) dimostrare che i consumatori nel mercato rilevante si sovrappongono in modo sostanziale ai beneficiari o ne fanno parte; (iv) dimostrare che la quota dei benefici collettivi che vanno a favore dei consumatori nel mercato rilevante (eventualmente insieme ai benefici individuali legati e non legati all'uso) è superiore al danno subito da tali consumatori a causa degli effetti restrittivi dell'accordo³⁷².

Le LDO precisano infine che, per giustificare un accordo di sostenibilità ai sensi dell'articolo 101(3), le parti possono invocare una soltanto oppure tutte le tre tipologie di benefici per consumatori³⁷³.

(iv) Non eliminazione della concorrenza

Le LDO chiariscono che la condizione secondo cui sul mercato deve rimanere un certo grado di concorrenza residuale può essere soddisfatta anche se l'accordo riguarda l'intero settore, purché le parti dell'accordo continuino a competere vigorosamente su almeno un parametro della concorrenza. Ad esempio, se i concorrenti decidono di non utilizzare una particolare tecnologia inquinante o un particolare ingrediente non sostenibile nella produzione dei loro prodotti, la concorrenza non sarà eliminata se continuano a competere sul prezzo e/o sulla qualità del prodotto finale. Non è inoltre di ostacolo al rispetto di tale condizione una limitazione temporanea della concorrenza, come nel caso, ad esempio, di un accordo tra concorrenti volto a limitare temporaneamente la produzione di una variante di un prodotto contenente un ingrediente non sostenibile, al fine di introdurre sul mercato una nuova variante

³⁷¹ LDO, § 585.

³⁷² LDO, § 587. La dimostrazione (e misurazione) dei benefici collettivi può essere molto difficile. Le LDO indicano che, a tal fine, **è possibile ricorrere ad elementi di prova dei benefici collettivi contenuti nelle relazioni di autorità pubbliche o di organizzazioni accademiche riconosciute** e che, **in assenza di dati che consentano un'analisi quantitativa dei benefici dell'accordo, si possono considerare altri elementi di prova a condizione che dimostrino un impatto positivo chiaramente identificabile sui consumatori nel mercato rilevante**. Riconoscendo, tuttavia, che attualmente vi è scarsa esperienza nella misurazione e nella quantificazione dei benefici collettivi, **la Commissione si è impegnata a fornire maggiori indicazioni in materia una volta acquisita un'esperienza tale da consentirle di sviluppare metodologie di valutazione** (§§ 588-589).

³⁷³ LDO, §§ 590-591.

sostenibile, con l'obiettivo di sensibilizzare i consumatori sulle proprietà del nuovo prodotto³⁷⁴.

³⁷⁴ LDO, §§ 592-596.