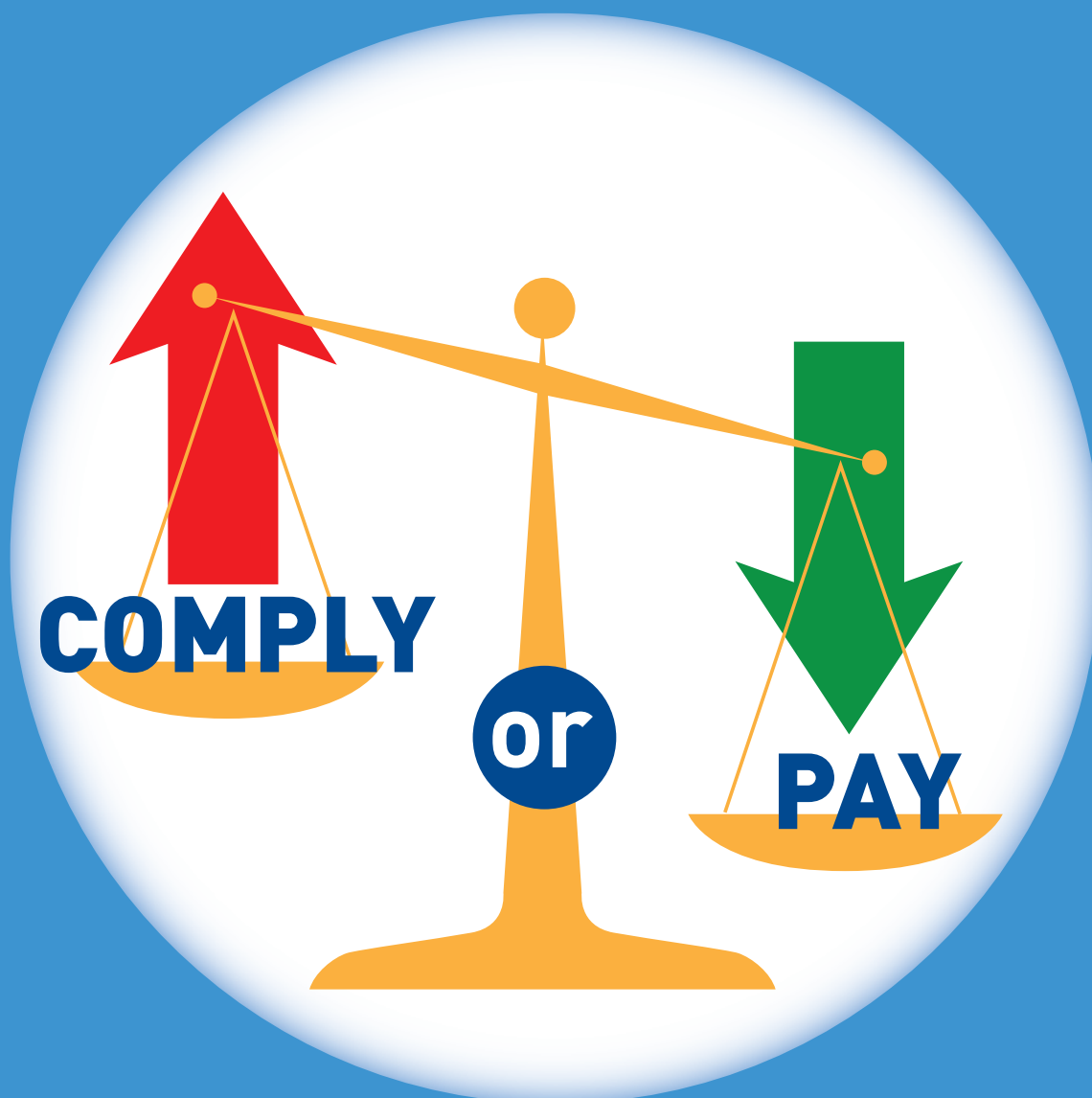




CONFINDUSTRIA

# LINEE GUIDA CONFINDUSTRIA PER LA COMPLIANCE ANTITRUST DELLE IMPRESE

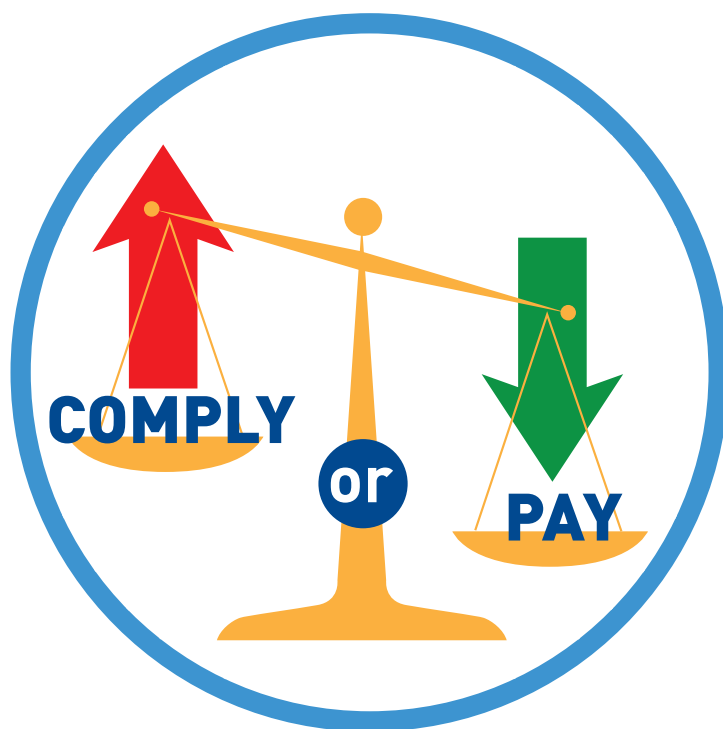


Aprile 2016

# **LINEE GUIDA CONFINDUSTRIA**

## **PER LA COMPLIANCE ANTITRUST**

### **DELLE IMPRESE**



**APRILE 2016**



CONFINDUSTRIA

Gruppo di lavoro *Compliance antitrust*  
coordinato dall'Area Affari Legislativi

Finito di stampare nell'aprile 2016

Impaginazione e stampa: D.effe comunicazione - Roma

## Indice

|                                                                   |      |    |
|-------------------------------------------------------------------|------|----|
| 1. Introduzione .....                                             | pag. | 5  |
| 2. Vantaggi della compliance .....                                | »    | 6  |
| 3. Adattabilità del documento alle diverse realtà aziendali ..... | »    | 8  |
| 4. Impegno alla compliance da parte del vertice aziendale .....   | »    | 9  |
| 5. Informativa .....                                              | »    | 9  |
| 6. Processo organizzativo .....                                   | »    | 10 |
| 6.1 La mappatura e la valutazione dei rischi .....                | »    | 10 |
| 6.2 La gestione dei rischi .....                                  | »    | 13 |
| 6.3 Il monitoraggio e miglioramento continuo .....                | »    | 15 |
| 6.4 Le sanzioni disciplinari .....                                | »    | 16 |
| Allegato I - Informativa .....                                    | »    | A1 |
| Allegato II - Casistica .....                                     | »    | A2 |

## 1. Introduzione

La prima responsabilità di un'impresa è operare nel rispetto delle leggi e dei regolamenti, adottando comportamenti conformi sia agli obblighi di portata generale sia alle norme di settore.

Nel corso del tempo, il regime di responsabilità delle imprese ha ricevuto un'attenzione crescente da parte delle istituzioni e della società, che hanno iniziato a richiedere agli operatori di mercato *standard* di trasparenza e integrità sempre più elevati. Questo mutato approccio si è tradotto nell'introduzione di condizioni rigorose, nell'ampliamento del novero dei comportamenti perseguibili e nell irrigidimento della politica sanzionatoria in vari settori, tra cui, in particolare, quello *antitrust*.

In proposito, occorre innanzitutto considerare la proliferazione della regolamentazione sulla materia. Negli ultimi anni sono state introdotte nuove regole, altre sono in corso d'adozione, quelle già vigenti formano oggetto di costante evoluzione, contribuendo ad amplificare la complessità del diritto *antitrust*; una complessità tale da non consentire né di elaborare interpretazioni univoche e certe né di prevedere l'esito dei procedimenti avviati da parte delle autorità di concorrenza. Si aggiungano l'accresciuta attenzione all'eticità dei comportamenti e il progressivo inasprimento del rigore sanzionatorio.

Migliorare il funzionamento dei mercati rappresenta un obiettivo centrale dell'Unione europea e la normativa *antitrust* costituisce uno dei principali presidi posti a tutela di tale obiettivo. Essa, infatti, è vocata alla realizzazione di un sistema di concorrenza effettiva, che stimoli l'apertura e l'efficienza dei mercati, incoraggi il progresso tecnico e l'innovazione nonché salvaguardi il benessere dei consumatori. Pertanto, tutte le imprese attive nell'ambito dell'Unione europea, a prescindere dalla loro dimensione, sono tenute a porsi il problema del rispetto delle norme *antitrust*, ossia dei principi e delle regole che compongono il diritto della concorrenza.

In passato, l'osservanza di tali norme è stata perseguita attraverso strumenti repressivi; di recente, si è affermata l'esigenza di affiancare alle sanzioni misure di prevenzione utili a diffondere e a mantenere una cultura della concorrenza.

In questo rinnovato contesto, la *compliance* ricopre un ruolo centrale innanzitutto in funzione preventiva, al fine di evitare comportamenti anticoncorrenziali, ma anche successiva, nel caso di infrazioni accertate, al fine di ottenere una riduzione delle sanzioni irrogate.

In genere, nel linguaggio aziendale, con il termine *compliance* si suole fare riferimento alla conformità delle attività aziendali a leggi e regolamenti e a *policy* e strategie interne. I programmi di *compliance*, dunque, definiscono i presidi organizzativi e procedurali volti a prevenire e a gestire i rischi di non conformità alle norme imperative e a quelle dettate in via autoregolamentare. Ne deriva che "rischio" e "conformità" sono due concetti tra loro strettamente collegati: tramite la valutazione del primo è possibile individuare le politiche necessarie ad assicurare la seconda e a valutarne l'efficacia.

Con specifico riferimento al settore *antitrust*, i **programmi di compliance** rappresentano importanti misure organizzative e procedurali idonee a prevenire i comportamenti anticoncorrenziali e a riscontrarli quando si verificano, favorendo al contempo la consapevolezza in ordine alla loro gravità. Tali programmi, infatti, si traducono in:

- attività informative,
- norme comportamentali,
- sistemi di controllo,

che sono rivolti all'intero *staff* aziendale, con un duplice obiettivo:

- i) diffondere la conoscenza della normativa *antitrust* e la comprensione dei sottostanti rischi di non conformità, in modo da evitare l'eventuale commissione di infrazioni;
- ii) facilitare la scoperta di eventuali infrazioni comunque poste in essere per individuare le soluzioni più opportune a porvi rimedio.

## 2. Vantaggi della *compliance*

È evidente che la predisposizione di programmi di *compliance antitrust* effettivamente rispondenti ai descritti obiettivi e la loro concreta applicazione comporti oneri rilevanti, in termini di risorse sia finanziarie che umane; tuttavia, i benefici che ne derivano superano i costi che si sopportano. L'implementazione di effettive strategie di *compliance*, infatti, da un lato, aiuta le imprese a evitare le pesanti conseguenze degli illeciti *antitrust* e, dall'altro, reca ulteriori vantaggi e opportunità.

Innanzitutto, le **violazioni** della normativa *antitrust* sono passibili di **sanzioni** amministrative ai sensi della disciplina comunitaria e nazionale, che possono raggiungere il 10% del fatturato annuo complessivo dell'impresa sanzionata<sup>1</sup>. Sebbene l'irrogazione di sanzioni pecuniarie, dato il loro possibile ammontare, rappresenti la conseguenza più temuta dalle imprese, le condotte anticompetitive possono esporre ad **altre gravi conseguenze**, di non minore impatto.

- Nelle more del procedimento istruttorio, alle autorità di concorrenza è attribuito il potere di adottare misure cautelari, nei casi di urgenza dovuta a un certo grado di probabilità dell'esistenza dell'infrazione (c.d. *fumus boni iuris*) e al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza (c.d. *periculum in mora*)<sup>2</sup>. Un'effettiva strategia di *compliance* potrebbe prevenire l'adozione della misura cautelare grazie alla predisposizione di immediati interventi correttivi dell'infrazione.

Occorre precisare che i poteri delle autorità di concorrenza di adottare misure cautelari e infliggere ammende e, ancor prima, quelli investigativi e di diffida, rappresentano gli strumenti di applicazione del diritto della concorrenza a livello pubblico (c.d. *public enforcement*). Tuttavia, l'effettività di questo diritto passa anche attraverso un sistema di applicazione a livello privato (c.d. *private enforcement*).

- Il sistema di *private enforcement* prevede per imprese o privati cittadini la tutela civilistica di una situazione giuridica soggettiva che si ritiene lesa da un comportamento anticompetitivo, permettendo di agire per ottenere il risarcimento del danno.

In particolare, se l'illecito *antitrust* che viene accertato è un accordo restrittivo della concorrenza, questo accordo è nullo in tutto o in parte a ogni effetto. Esso, cioè, è affetto da un vizio che preclude la produzione di qualsiasi effetto giuridico, con la conseguenza che le parti di tale accordo non potranno pretendere l'attuazione né potranno richiedere le restituzioni di quanto eseguito<sup>3</sup>.

In questo ambito, si colloca la tutela risarcitoria. Infatti, alle azioni di nullità, che possono condurre alla declaratoria di invalidità totale o parziale degli accordi contenenti clausole anticompetitive, si affiancano le azioni che qualunque soggetto può esperire per ottenere il risarcimento del danno subito a causa di una violazione della normativa *an-*

<sup>1</sup> In proposito, si osserva che, in particolare a seguito dell'adozione della comunicazione del 2006 sul calcolo delle ammende (COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del Regolamento (CE) n. 1/2003*, in GUUE, C 210/02, 01 settembre 2006), la Commissione europea - deputata all'attuazione della normativa a tutela della concorrenza a livello comunitario - ha adottato un'impostazione rigorosa, sanzionando gli illeciti *antitrust* con ammende progressivamente sempre più elevate, poi solitamente confermate dalle Corti comunitarie. Un approccio simile si è affermato anche in ambito nazionale. In passato, infatti, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) tendeva ad applicare sanzioni di importo limitato, spesso ridotte o rideterminate al ribasso per effetto delle pronunce dei giudici amministrativi. Negli ultimi tempi, invece, non sono mancati casi di cartelli o abuso di posizione dominante colpiti con multe elevate, a testimonianza di un'inversione di rotta nella direzione di rafforzare la funzione di deterrenza delle sanzioni irrogate alle imprese responsabili di gravi infrazioni. Questo processo è di recente culminato nell'adozione da parte dell'AGCM di apposite Linee guida in materia di sanzioni (AGCM, *Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*, Provvedimento n. 25152 del 22 ottobre 2014, in Bollettino n. 42 del 3 novembre 2014).

<sup>2</sup> Al riguardo, può essere utile considerare che né la disciplina comunitaria né quella nazionale specificano i tipi di misure cautelari concretamente applicabili, talché il loro contenuto, pur nel rispetto dei principi di necessità e proporzionalità, si attaglierà al caso concreto, con un'inevitabile imprevedibilità dell'intervento.

<sup>3</sup> Peraltro, la nullità che colpisce un accordo vietato potrebbe ripercuotersi sui contratti situati "a valle" dello stesso, ossia i contratti stipulati con soggetti terzi rispetto all'accordo medesimo, per lo più consumatori finali. Invero, sulla sorte che spetta ai contratti in questione gli orientamenti sono divisi; tuttavia, il tema assume rilievo se si guarda al nuovo modello di *enforcement* del diritto *antitrust* che sta emergendo a livello europeo e che appare particolarmente orientato verso i rimedi privatistici.

*titrust*. In materia, alla fine del 2014, è entrata in vigore una direttiva che contiene una serie di previsioni per facilitare le azioni risarcitorie negli Stati membri<sup>4</sup>.

- Va altresì precisato che, a partire dal 2010, il rischio è non solo di azioni di danno individuali, ma anche collettive<sup>5</sup>. Sebbene attualmente nel nostro ordinamento l'azione collettiva risarcitoria per i danni causati da infrazioni *antitrust* sia prevista soltanto nel sistema di tutela dei consumatori, di recente la Commissione europea (di seguito "Commissione") ha adottato una Raccomandazione in materia di ricorsi collettivi di natura inibitoria e risarcitoria che interessa diversi settori, compreso quello *antitrust*, e che invita gli Stati membri a estendere la tutela collettiva risarcitoria anche a beneficio di soggetti diversi dai consumatori, quali imprese e professionisti<sup>6</sup>.
- Non va inoltre trascurato che alle sanzioni amministrative - irrogate dalle autorità di concorrenza - e a quelle civili - irrogate dai giudici ordinari - possono affiancarsi sanzioni penali, sebbene in casi limitati. Nel nostro ordinamento, infatti, le condotte anticompetitive possono integrare gli estremi di reati come la turbativa d'asta, la speculazione sul costo dei beni alimentari di primo consumo, l'aggiotaggio o l'*insider trading*.
- Qualunque sia il procedimento avviato - amministrativo o civile - va altresì considerato il significativo dispendio di risorse finanziarie e umane associato alla sua gestione. I procedimenti, infatti, oltre a poter durare anni, comportano spese legali ingenti, assorbendo così importanti risorse che le imprese potrebbero invece destinare alla realizzazione di progetti profittevoli.
- I procedimenti e le eventuali sanzioni, poi, possono avere un impatto fortemente negativo sulle relazioni commerciali e sulla reputazione delle imprese, con effetti economici non soltanto immediati ma anche di più lungo periodo. Essi, infatti, possono compromettere l'affidabilità commerciale e l'immagine dell'impresa sanzionata, inducendo sia i *partner* a recedere dai contratti sia i consumatori a rivolgersi ai concorrenti<sup>7</sup>. A ciò si aggiunga che la commissione di illeciti *antitrust* desta una maggiore attenzione e un controllo più penetrante da parte delle autorità di concorrenza con riguardo alle attività future.
- Gli illeciti, inoltre, possono produrre i loro effetti anche sui mercati transfrontalieri in cui l'impresa opera e nei quali il *set* di sanzioni applicabili è talvolta più rigoroso. Infatti, ai sensi della disciplina *antitrust* comunitaria e nazionale, il dovere di rispettare il diritto della concorrenza è posto in capo alle imprese, che sono le destinatarie delle norme *antitrust*, con la conseguente non punibilità diretta dei singoli *manager* e dipendenti. Tuttavia, in alcuni ordinamenti giuridici, sono previste espressamente sanzioni pecuniarie e penali per le persone fisiche materialmente coinvolte negli illeciti, e ciò può valere anche per condotte anticompetitive tenute in Italia.

<sup>4</sup> PARLAMENTO EUROPEO - CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014 relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea*, in GUUE, L 349/01, 05 dicembre 2014). Tra gli aspetti più salienti si segnalano: l'efficacia vincolante delle decisioni delle autorità di concorrenza nazionali nell'ambito dei giudizi civili risarcitori; un regime di divulgazione delle prove agevolato; la presunzione in favore dell'acquirente indiretto dell'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo in capo allo stesso; la presunzione per la quale un'infrazione sotto forma di cartello determina sempre un danno. La direttiva dovrà essere recepita nell'ordinamento giuridico nazionale entro la fine dell'anno in corso.

<sup>5</sup> In data 1 gennaio 2010, infatti, è entrato in vigore l'articolo 140-bis del c.d. *Codice del consumo* (D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, *Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229*), il quale prevede che l'azione di classe diretta a ottenere l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori tutela "i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anti-concorrenziali" (art. 140-bis, co. 2, let. c), come modificato dall'art. 6 del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*.

<sup>6</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Raccomandazione della Commissione dell'11 giugno 2013 relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione*, in GUUE, L 201/60, 26 luglio 2013.

<sup>7</sup> In proposito, è sufficiente pensare a esempi recenti di cartelli accertati in vari settori e alla particolare risonanza che essi hanno avuto a livello mediatico.

Ma l'effettivo **rispetto del diritto della concorrenza**, garantito dalla definizione e dalla concreta applicazione di un efficace programma di *compliance*, comporta comunque **benefici** più ampi rispetto al solo evitare le conseguenze negative finora descritte.

- In particolare, come anticipato, l'implementazione di efficaci programmi di *compliance* mette le imprese nella condizione di inibire in tempo una condotta potenzialmente anticompetitiva, evitando l'avvio di un procedimento.
- Qualora, invece, l'infrazione sia già stata commessa, al fine di evitare l'irrogazione della sanzione o ridurne sensibilmente l'entità, le imprese possono partecipare a un programma di clemenza (c.d. *leniency program*): individuata un'infrazione *antitrust*, l'impresa che ne è parte e decide di porvi fine può denunciarne l'esistenza alla Commissione o all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito "AGCM" o "Autorità"), fornendo elementi probatori difficilmente reperibili da tali autorità e ottenendo, in cambio, l'immunità o una riduzione sostanziale della sanzione pecuniaria.
- Quanto sopra evidenziato in tema di *compliance* ha trovato l'avallo dell'AGCM, che ha manifestato la volontà di attribuire rilevanza alla predisposizione e attuazione di un programma di *compliance* nell'ambito della propria politica sanzionatoria. Nelle proprie Linee guida relative alla quantificazione delle sanzioni, infatti, l'Autorità annovera tra le circostanze attenuanti l'adozione e l'effettivo e concreto rispetto di uno specifico programma di *compliance*, aderente alle *best practice* europee e nazionali<sup>8</sup>. L'impegno delle imprese a dotarsi di misure organizzative e procedurali adeguate e ad applicarle in concreto può avere cioè un'efficacia attenuante nella valutazione della gravità delle violazioni e, di conseguenza, nella determinazione delle sanzioni. Peraltro, non si tratta di una novità assoluta poiché già in qualche occasione l'Autorità aveva valutato quale circostanza attenuante gli impegni presentati dalle imprese che comprendevano anche l'implementazione di programmi di *compliance*.

Alla luce del rinnovato approccio dell'AGCM nonché delle altre autorità di concorrenza, è possibile che anche i Tribunali amministrativi, chiamati a riesaminare le decisioni *antitrust*, nel confermare o rideterminare l'importo di tali sanzioni, tengano conto dello sviluppo e della messa in atto di un programma di *compliance* ai fini della valutazione dell'elemento soggettivo della condotta (intenzionalità o negligenza). Invero, sia le Corti europee sia quelle nazionali hanno seguito una linea di interpretazione rigida rispetto all'accertamento dell'elemento soggettivo; tuttavia, nel rispetto del principio della proporzionalità della sanzione, la *compliance* è destinata ad assumere maggiore rilevanza.

### 3. Adattabilità del documento alle diverse realtà aziendali

Il presente lavoro si rivolge alle imprese, anche a quelle piccole e medie (di seguito "PMI"). Come ricordato dalla Commissione, infatti, tutte le imprese sono tenute al rispetto del diritto della concorrenza, indipendentemente dalle loro dimensioni<sup>9</sup>.

L'**obiettivo** che si intende perseguire è pertanto **incoraggiare e supportare le imprese nella definizione e nella relativa attuazione di strategie di *compliance***, rispondenti agli *standard* attualmente applicati a livello europeo.

Tali strategie si connotano per la presenza di alcune **fasi** che sono **comuni** a tutte le imprese ma che, a ben vedere, si articolano in **modo differente** in funzione dei fattori distintivi della singola realtà aziendale, quali il tipo e la dimensione, il settore d'attività, le caratteristiche del mercato, il grado di interazione con i concorrenti. Un programma di *compliance* standardizzato, infatti, non potrebbe riflettere le peculiarità e le esigenze di ogni impresa e, pertanto, non potrebbe consentire di sviluppare un'effettiva politica di conformità.

Qualsiasi **modello** dunque **deve essere "fatto su misura"** per ciascuna impresa, tenendo conto delle specificità della stessa e del mercato in cui opera. Questo significa che le PMI potranno ricorrere a programmi di *compliance* che, nel rispetto di alcuni principi-guida, siano meno strutturati di quelli necessari nelle grandi imprese.

<sup>8</sup> AGCM, *Linee guida* cit., par. 23, p. 6.

<sup>9</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Compliance matters: What companies can do better to respect EU competition rules*, novembre 2012.

\* \* \*

Tanto premesso, di seguito si propongono alcune indicazioni circa la possibile procedura da seguire, che passa attraverso una fase di **informativa** per poi scandirsi in un **processo organizzativo** vero e proprio e dotarsi di **sanzioni disciplinari**.

Inoltre, il presente documento si correda di due allegati. Infatti, al fine di rendere più fruibile lo stesso da parte di diverse realtà aziendali e, all'interno della medesima azienda, da parte di diverse dipartimenti e uffici con differenti competenze e finalità funzionali, sono state previste tre sezioni che, partendo da un orientamento generale, consentano livelli di maggiore approfondimento delle varie tematiche.

#### 4. Impegno alla compliance da parte del vertice aziendale

Il rispetto del diritto della concorrenza, come il rispetto di qualsiasi legge, è un aspetto fondamentale della *governance* di ciascuna impresa.

Qualunque sforzo al riguardo non può mai prescindere da un vero e proprio impegno (c.d. *commitment*) da parte dei più alti vertici aziendali (*senior management*), volto all'esatta individuazione delle aree di rischio e alla prevenzione delle possibili violazioni. Infatti, soltanto la **convinzione e l'impegno costante, continuo e manifesto del management** possono assicurare che ciascun dipendente consideri l'obiettivo della *compliance antitrust* come proprio e si adoperi per raggiungerlo.

La stessa Commissione ha affermato in più occasioni che il supporto dei vertici aziendali è essenziale per poter creare una cultura del rispetto della legge nella struttura societaria.

Ciò detto, è ovvia la necessità della cooperazione da parte di tutti i livelli aziendali: ogni dipendente dovrà rispettare la disciplina *antitrust* e uniformarsi a quanto stabilito nella strategia interna, atteso che le condotte del singolo sono idonee a comportare la responsabilità e la punibilità dell'impresa nella sua totalità.

#### 5. Informativa

Con il termine "**antitrust**", come detto, s'intende l'insieme di norme che compongono il diritto della concorrenza e garantiscono un mercato in cui la competizione tra imprese è dinamica ed effettiva. Tali norme, infatti, hanno la finalità precipua di assicurare il corretto funzionamento delle dinamiche concorrenziali, onde evitare che la competizione tra imprese venga ridotta o falsata, impedendo così il miglioramento della qualità di prodotti e servizi nonché alterando la formazione dei prezzi, a danno dei consumatori.

Per poter garantire l'effettivo rispetto delle regole *antitrust*, è necessario assicurarsi che l'intera organizzazione aziendale conosca e comprenda tali regole.

Al riguardo, la Commissione ha suggerito la redazione e la conseguente adozione di una guida a uso interno, che innanzitutto illustri in modo chiaro e sufficientemente esaustivo la normativa comunitaria e nazionale vigente in materia di concorrenza.

A livello comunitario, le principali norme di riferimento sono gli articoli 101 e 102 del **TFUE**<sup>10</sup>, che vietano, rispettivamente, le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante, suscettibili di arrecare pregiudizio al commercio tra gli Stati membri.

<sup>10</sup> Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (versione consolidata), in GUUE, C 326/47, 26 ottobre 2012.

La normativa primaria è stata poi integrata da molteplici atti della Commissione e del Consiglio, mentre le pronunce delle Corti europee hanno contribuito in chiave ermeneutica all'evoluzione dell'intera disciplina.

La disciplina nazionale è contenuta nella **legge n. 287/90**<sup>11</sup>, emanata in attuazione del principio della libertà di iniziativa economica privata di cui all'articolo 41 della Costituzione, che, nel rispetto dei prevalenti principi comunitari, reca norme per la tutela della concorrenza e del mercato e istituisce l'AGCM. Tale disciplina trova applicazione con riferimento alle pratiche di rilievo nazionale o a quelle inidonee a incidere sensibilmente sull'attività economica transfrontaliera tra Paesi dell'UE, con la conseguenza che il *discrimen* tra le due regolamentazioni è rappresentato dal pregiudizio al commercio intracomunitario.

Negli allegati al presente documento, innanzitutto si propone una sintesi del quadro normativo di riferimento, che potrebbe formare oggetto dell'informativa. In particolare, vengono descritte le fattispecie sostanziali della normativa *antitrust*, nonché i poteri di indagine e decisorii dell'AGCM (vedi ALLEGATO I).

Inoltre, al fine di rendere maggiormente comprensibile la descrizione delle fattispecie tipiche che compongono il diritto *antitrust*, si forniscono alcuni casi pratici di decisioni dell'AGCM. I procedimenti riportati riguardano casi nei quali l'accertamento dell'illecito è stato definitivamente concluso con sentenza passata in giudicato (vedi ALLEGATO II).

Si precisa che l'informativa e i relativi aggiornamenti possono essere resi con qualunque mezzo (in formato cartaceo, in formato elettronico, attraverso l'*e-learning* ecc.). A ogni modo, ai fini che le presenti Linee guida si propongono di perseguire, è importante che l'impresa conservi traccia dell'attività informativa svolta e della sua diffusione presso tutti i livelli aziendali.

## 6. Processo organizzativo

### 6.1 LA MAPPATURA E LA VALUTAZIONE DEI RISCHI

Il primo *step* di un programma di *compliance* è rappresentato dall'identificazione dei potenziali rischi di infrazioni *antitrust* e delle aree dell'impresa potenzialmente più esposte a tali rischi. Individuato il rischio, è quindi necessario, come secondo e consequenziale *step*, effettuare un'attenta valutazione dello stesso, secondo uno schema di gradualità che consenta all'impresa di agire in via prioritaria sulle aree maggiormente interessate.

#### *Mappatura del rischio*

La mappatura del rischio si fonda sulla capacità dell'impresa di **riconoscere** l'idoneità delle condotte poste in essere a integrare gli **estremi** di una **violazione** della normativa *antitrust* applicabile.

Al fine di individuare tutte le tipologie di rischio *antitrust*, le imprese dovrebbero innanzitutto svolgere un'accurata analisi dell'intero contesto aziendale, che tenga conto di una serie di fattori quali: le caratteristiche del mercato rilevante, il settore d'attività, la dimensione dell'impresa, la frequenza e l'intensità dell'interazione con i concorrenti, le prassi commerciali in uso.

Individuare le aree e i profili di rischio è il presupposto necessario per assicurare un programma di *compliance* "fatto su misura", basato cioè sulle reali caratteristiche e le conseguenti necessità dell'impresa.

Ad esempio, se l'impresa di riferimento è una PMI, allora il programma potrà essere basato principalmente sulla prevenzione delle intese restrittive della concorrenza. Non di rado, infatti, i processi di crescita di tali imprese si fondano sulla cooperazione, con la conseguenza che esse sono particolarmente esposte al rischio di collusione anticoncorrenziale. Se, invece, si tratta di una grande impresa, allora il programma verrà incentrato sia sulla prevenzione delle intese restrittive della concorrenza sia sulla valutazione dell'eventuale posizione dominante e sui rischi connessi a questa condizione.

<sup>11</sup> L. 10 ottobre 1990, n. 287, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*.

Più in particolare, se l'impresa di riferimento ha contatti frequenti con alcuni concorrenti dei quali conosce informazioni sensibili (costi di produzione, prezzi, liste clienti, piani di *marketing*, ecc.) si presenta potenzialmente il rischio di un cartello<sup>12</sup>; se, piuttosto, un'impresa detiene un'elevata quota di mercato e pone in essere una strategia di vendita particolarmente aggressiva, potrebbe emergere il rischio di un abuso di posizione dominante.

Non pare invece conveniente investire sulla formazione del personale circa i rischi derivanti dall'abuso di posizione dominante, se l'impresa opera prevalentemente in mercati poco concentrati nei quali essa e i suoi *competitor* detengono quote di mercato alquanto basse. Può poi non essere d'interesse focalizzare l'attenzione sui rischi legati alle pratiche di coordinamento nell'ambito di procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici per un'impresa non attiva in questo settore.

Per l'identificazione e la **mappatura** di aree esposte a potenziale **rischio di intesa restrittiva della concorrenza**, si possono considerare, a titolo esemplificativo, le seguenti variabili:

- i *manager* (soprattutto quelli che si occupano di attività commerciale) hanno frequenti contatti con i *competitor*, ad esempio nell'ambito di associazioni di categoria o *joint venture*;
- le caratteristiche del mercato di riferimento. Ad esempio, il mercato in questione è oligopolistico, in virtù del numero limitato di operatori e/o o per il tipo di prodotto/servizio fornito; oppure lo stesso è fortemente regolamentato, quanto a condizioni economiche e contrattuali, attraverso decisioni assunte dalle associazioni di categoria;
- la dimensione dei *competitor*, diretti o indiretti, con cui si instaurano rapporti commerciali non è trascurabile, essendovi una tendenziale correlazione tra tale dimensione e l'impatto dell'eventuale intesa sugli assetti concorrenziali del mercato di riferimento;
- l'impresa ha in essere contratti di lunga durata con clausole di esclusiva (in particolare superiori a cinque anni) che possono determinare una compartimentazione dei mercati;
- l'impresa ha in essere con la propria rete di distribuzione, accordi che comportano, anche indirettamente, la fissazione del prezzo di rivendita;
- l'impresa ha in essere accordi di cooperazione orizzontale (es. di ricerca e sviluppo o di acquisto in comune), che possono avere per effetto di precludere a soggetti terzi l'accesso ai mercati esistenti o a quelli dell'innovazione;
- il settore di attività in cui l'impresa opera ha già formato oggetto di procedimenti per accertamento di intese da parte dell'Autorità o della Commissione.

Per l'identificazione e la **mappatura** di aree esposte a potenziale **rischio di abuso di posizione dominante**, va innanzitutto individuato il ruolo svolto dall'impresa nel mercato di riferimento ossia l'eventuale sussistenza della posizione di preminenza, che è la condizione necessaria per l'applicazione della relativa disciplina.

La valutazione della dominanza, infatti, è l'ovvio presupposto per poter stabilire se vi sia stato un abuso. Tale valutazione è un processo complesso costituito dai seguenti *step*:

- 1) individuazione del mercato rilevante in cui l'impresa opera;
- 2) ricostruzione della quota di mercato che l'impresa detiene. In via orientativa, secondo i criteri stabiliti dalla prassi giurisprudenziale europea cui quella nazionale si è uniformata:
  - una quota di mercato superiore al 50% fa presumere la posizione dominante, spettando all'impresa dimostrare l'insussistenza della stessa;
  - una quota di mercato compresa tra il 20 % e il 50% non costituisce indizio di per sé sufficiente a provare la posizione dominante ma è necessario che concorrano altri fattori idonei a dimostrare l'indipendenza dei compor-

<sup>12</sup> Fermo restando che, come si vedrà appresso (cfr. ALLEGATO I, par. 2.3.1), lo scambio di informazioni può integrare esso stesso una fattispecie autonoma di illecito *antitrust*.

tamenti dell'impresa, quali: il modesto potere di mercato detenuto dai principali concorrenti; la disponibilità di infrastrutture essenziali e/o diritti di proprietà intellettuale; l'integrazione verticale nelle varie fasi della filiera; ingenti capacità economiche e finanziarie;

- una quota di mercato inferiore al 20% generalmente comporta una presunzione di non dominanza;

3) verifica circa la presenza/assenza di barriere all'ingresso nel mercato o all'espansione dello stesso (es. disponibilità di *know how* e di diritti di proprietà intellettuale, che determinano una situazione di dipendenza tecnologica).

Per verificare, poi, se a fronte di una posizione dominante, sia stata posta in essere una condotta abusiva si possono considerare, a titolo esemplificativo, le seguenti variabili:

- l'impresa adotta pratiche scontistiche non basate su criteri quantitativi oggettivi;
- l'impresa propone offerte volte a far leva sul potere di mercato detenuto in relazione a un determinato prodotto o servizio per estendere tale potere anche su un altro mercato più o meno contiguo - c.d. *leveraging* (es. condizionando l'acquisto di un bene e/o servizio all'acquisto di un altro, pur in assenza di giustificazioni di natura tecnica o economica);
- l'impresa si oppone alla cessione di un bene o un servizio essenziali per lo sviluppo della concorrenza "a valle";
- l'impresa ha in essere contratti che contengono, anche indirettamente, clausole di esclusiva idonee a limitare la contendibilità della propria clientela da parte dei concorrenti.

#### **BEST PRACTICE IN BRIEF – Individuazione del rischio per il *tailoring* del programma di *compliance*:**

- struttura e dimensione dell'impresa;
- posizione dell'impresa nel mercato rilevante;
- settore di attività dell'impresa;
- presenza di *competitor* nel mercato rilevante;
- posizionamento e caratteristiche del prodotto (innovativo, bene essenziale, di subfornitura ecc.);
- adesione dell'impresa ad associazioni di settore, se incide sul processo decisionale e, quindi, sulle strategie commerciali dell'impresa medesima.

#### **Valutazione del rischio**

Una volta identificati, i rischi *antitrust* devono essere valutati, sia per determinare la **probabilità** che ciascuno di essi si concretizzi sia per stimare il loro potenziale **impatto**.

Nella fase di valutazione del rischio, è consigliabile definirne il **livello di gravità** e classificarlo come elevato, medio e basso a seconda della dimensione e delle caratteristiche dell'impresa e, quindi, della probabilità che, avuto riguardo a tali caratteristiche, esso si concretizzi. A prescindere dall'aspetto dimensionale, un'altra variabile in grado di incidere sul profilo di rischio riguarda la capacità di una determinata area aziendale di entrare in contatto con l'esterno (clienti, fornitori, concorrenti).

Ad esempio, sia una PMI che una grande impresa potrebbero qualificare il rischio di intesa restrittiva molto alto nel caso in cui i *manager* commerciali abbiano frequenti contatti con i *competitor* nelle riunioni decisionali di organizzazioni/associazioni di settore; un'impresa in posizione dominante, invece, potrebbe attribuire un livello più elevato di rischio al processo di approvazione della strategia commerciale che potrebbe determinare l'adozione di condotte abusive.

In via generale e astratta, possono essere considerate come esposte a un rischio *antitrust* elevato le aree:

- responsabili di decisioni strategiche per l'impresa;

- di *business*, in particolare le divisioni commerciali che si occupano di vendite/acquisti, *marketing*, *pricing* ecc.;
- incaricate di rappresentare l'impresa presso le associazioni di settore o che possono più facilmente instaurare rapporti con i *competitor*.

Diversamente, sono generalmente meno esposte a un rischio *antitrust* le aree:

- che svolgono funzioni strettamente operative e di *staff*;
- amministrative;
- di *back-office*.

La corretta identificazione del rischio *antitrust* associato alle singole aree aziendali è l'esito di un'attenta analisi dell'attività svolta dalle stesse, operata attraverso lo studio dei processi e delle procedure aziendali in vigore; nonché interviste ai responsabili e acquisizione della documentazione rilevante.

#### **BEST PRACTICE IN BRIEF – Guideline per un'efficace mappatura del rischio:**

- individuare uno o più soggetti cui attribuire, nell'ambito del programma di *compliance*, i compiti di mappatura del rischio e reporting al *senior management*;
- coordinare il processo di mappatura con il *general risk management* dell'impresa e con i sistemi di controllo;
- focalizzarsi sui rischi specifici attraverso una matrice unica a livello aziendale (es. modello "probabilità/impatto") compilata in modo differenziato per singole aree di *business*;
- non utilizzare un'analisi costi-benefici che prenda in considerazione la probabilità di un'azione di *enforcement* per le c.d. *hard-core restrictions*;
- considerare la presenza e l'effettività dei controlli per la valutazione dei rischi residuali.

## **6.2 LA GESTIONE DEI RISCHI**

Concluso il processo di mappatura e valutazione dei rischi, dal quale siano emersi dei comportamenti che potrebbero essere ritenuti anticompetitivi o che potrebbero condurre a violazioni della normativa a tutela della concorrenza, un efficace programma di *compliance* deve indicare le **misure** volte a **rimuovere** o a **evitare** l'implementazione di tali **condotte**.

Queste misure possono consistere in modifiche che impattano su:

- strategie commerciali;
- contratti e accordi commerciali in essere con fornitori, *partner* e clienti;
- processi e procedure operative interni;
- organizzazione dell'impresa.

È fondamentale che, a ogni livello della struttura aziendale, si diffonda il principio secondo cui la mitigazione del rischio *antitrust* avviene innanzitutto attraverso la predisposizione e attuazione di una serie di iniziative volte a promuovere un'effettiva cultura della concorrenza all'interno della struttura stessa.

Nei seguenti paragrafi, si passano in rassegna i principali strumenti di c.d. ***antitrust risk mitigation***.

### **Coinvolgimento strutturato della funzione antitrust**

Per costruire un sistema di gestione del rischio, è imprescindibile implementare procedure interne, anche di tipo organizzativo, che prevedano un coinvolgimento costante e strutturato della funzione *antitrust* - qualora esistente - o della risorsa responsabile per la *compliance* in materia *antitrust* (eventualmente supportata da consulenti esterni) nello svolgimento dell'attività aziendale da parte delle aree di *business*.

Infatti, la conduzione di un approfondito *self assessment* interno su attività e operazioni suscettibili di sollevare questioni *antitrust* - oltre a prevenire la commissione di illeciti ed evitare che ne siano sostenuti i relativi costi, anche in termini di danno reputazionale che si produce già con il semplice avvio di un procedimento - aumenta le probabilità che l'impresa, una volta commessa l'infrazione, sia in grado di azionare tempestivamente un programma di clemenza, evitando o riducendo sensibilmente la sanzione irrogabile.

### Attività di formazione e di training

Il programma di *compliance* deve prevedere attività di formazione e di *training* del personale, dirette a rafforzare la conoscenza e la comprensione della normativa *antitrust*.

In particolare, sarebbe opportuno istituire corsi di formazione e aggiornamento, su base continuativa, suddivisi, oltre che per livello, per aree di *business* e incentrati sui rischi specifici che ciascuna area si trova a fronteggiare nell'ambito della propria attività. Lo scopo principale, infatti, deve essere fornire a ciascuna area di *business* delle linee guida che possano essere utilmente seguite nell'ambito delle diverse iniziative condotte, già prima e indipendentemente dal coinvolgimento della funzione *antitrust* aziendale.

Inoltre, sarebbe utile combinare diversi *format* di corso (seminari, *workshop*, corsi con partecipazione interattiva sia *face-to-face* che *on-line*) e privilegiare un approccio incentrato sui casi pratici (es. con la riproduzione di *mock case*), per catturare l'interesse dell'*audience* e far sì che il singolo partecipante non riceva nozioni puramente teoriche ma anche, e soprattutto, strumenti concreti utilizzabili nella propria attività quotidiana.

Nella strutturazione dei corsi, devono essere adottati meccanismi efficaci di individuazione dei *trainer* e dei destinatari (con un *focus* particolare sui dirigenti e, in generale, su coloro che sono maggiormente esposti ai rischi *antitrust*), affinché tali corsi siano efficaci e "fatti su misura", basati cioè sulle effettive esigenze di chi ne usufruisce.

Il momento della formazione e dell'approfondimento del diritto della concorrenza è essenziale al fine di consentire che i comportamenti conformi alla disciplina *antitrust* entrino a far parte in maniera intrinseca nella cultura aziendale.

### Meccanismi di whistleblowing

Un altro importante strumento di *risk mitigation* è costituito dall'adozione di sistemi interni di denuncia di possibili violazioni, attraverso cui ciascun dipendente o dirigente dell'impresa può segnalare, in modo confidenziale e anonimo, condotte sospette di infrangere la disciplina *antitrust* di cui sia venuto a conoscenza nell'ambito della propria attività.

I canali attraverso cui possono essere formulate le segnalazioni sono molteplici (es. piattaforme *web*, linee telefoniche c.d. *whistleblowing* o *helpline* o *hotline*).

L'impresa può raccogliere le segnalazioni *in house*, affidando tale compito a un numero di risorse adeguato a fornire tempestive e appropriate risposte ai rilievi formulati, oppure, ove le disponibilità economiche lo consentano, in *outsourcing*, avvalendosi di società terze specializzate nella fornitura del servizio di raccolta delle segnalazioni.

Il canale che offre maggiori garanzie in termini di sicurezza e qualità delle informazioni trasmesse è la piattaforma *web*, soprattutto se gestita da una società esterna specializzata nella fornitura di servizi di questo tipo. Mediante la piattaforma, il denunciante compila un apposito formulario la cui struttura e il cui contenuto sono stati preventivamente concordati con l'impresa richiedente.

La soluzione *in house*, invece, ha sicuramente il pregio di essere più economica e di offrire maggiori certezze circa il fatto che il sistema sia effettivamente ritagliato sulle specifiche esigenze dell'organizzazione aziendale.

Al fine di incoraggiare l'attività di segnalazione, il sistema dovrebbe comunque prevedere adeguate misure di tutela del soggetto segnalante. Si deve, infatti, cercare di garantire nella misura massima possibile la confidenzialità delle informazioni rilevate e l'anonimato del segnalante. Lo scopo è evitare che quest'ultimo rinunci a denunciare possibili

violazioni per il timore di ritorsioni e discriminazioni da parte dei colleghi o di ingiustificate azioni disciplinari da parte dei superiori.

In ogni caso, l'adozione di tali meccanismi deve essere accompagnata da un'attività di *reporting* periodico, che evidenzii i risultati ottenuti in termini di effettività e portata deterrente del sistema.

**BEST PRACTICE IN BRIEF – Gestione del rischio attraverso strumenti interni di denuncia:**

- *hotline* (canale telefonico con funzione *antitrust* o *audit*);
- caselle di posta elettronica;
- formulari *on-line*.

### Sistemi premiali

Un ulteriore strumento per la gestione del rischio, in quanto dotato anch'esso di rilevante efficacia deterrente, è rappresentato dal riconoscimento di incentivi economici legati allo sviluppo di strategie di *compliance* in grado di contenere le conseguenze negative derivanti dalle infrazioni *antitrust*.

In particolare, si potrebbero prevedere meccanismi di parametrizzazione della retribuzione variabile, che considerino il raggiungimento di obiettivi di *compliance* predeterminati, quali, ad esempio, la definizione di misure organizzative associate al mancato avvio di istruttoria *antitrust* o alla mancata irrogazione di sanzioni, con riguardo alla specifica area di competenza del soggetto destinatario dell'incentivo.

La difficoltà principale nel costruire efficacemente un sistema di incentivi è costituita dall'individuazione di un criterio di valutazione che sia il più possibile credibile.

Resta fermo che le imprese possono altresì prevedere incentivi di natura non economica, quali, ad esempio, encomi dei dirigenti per premiare un'esemplare condotta di *compliance* del dipendente.

**BEST PRACTICE IN BRIEF – Strumenti di gestione del rischio *antitrust*:**

- coinvolgimento della funzione *antitrust*;
- attività di formazione e *training* del personale;
- sistemi interni di denuncia delle violazioni *antitrust*;
- meccanismi di incentivazione del personale legati alla *compliance*.

## 6.3 IL MONITORAGGIO E MIGLIORAMENTO CONTINUO

La *compliance antitrust* non è un semplice processo *end-to-end* quanto, piuttosto, un **processo circolare** che necessita di continua revisione e affinamento, dovendo rispondere a sollecitazioni esterne che si evolvono e modificano nel corso del tempo.

L'ultima fase di questo processo circolare è quella del **monitoraggio**, che ha un duplice scopo: *i) verificare* l'efficacia e il livello di concreta attuazione del programma adottato; *ii) consentire una revisione* dello stesso, laddove i rischi identificati e la loro valutazione subiscano modifiche - inevitabile conseguenza di un contesto dinamico come quello di mercato - e le misure predisposte non risultino più appropriate.

Pertanto, l'impresa deve valutare con cadenza regolare l'efficacia, l'efficienza e la reattività del programma di *compliance* e seguire un approccio improntato su indicatori specifici, semplici, misurabili e rilevanti nell'ottica della tempestività e opportunità dell'eventuale intervento correttivo da adottare. In particolare, la valutazione dell'efficacia del programma attiene alla verifica della sua qualità operativa; la valutazione dell'efficienza prende in analisi i costi in termini sia economici sia di capitale umano impiegati per la sua implementazione; la verifica della reattività considera la sua adattabilità tempestiva a eventuali cambiamenti normativi e/o all'inserimento di nuove unità aziendali.

Ai predetti fini, può essere utile svolgere un processo di *audit* avvalendosi di un revisore esterno e indipendente, esperto della normativa sulla concorrenza, che possa stabilire se il programma contenga misure appropriate rispetto ai rischi che con maggiore probabilità potrebbero verificarsi (es. attraverso la somministrazione al personale impiegato nelle aree considerate a rischio di *test* che consentano la verifica della conoscenza della normativa *antitrust* nonché delle *policy* e delle procedure aziendali).

Oltre alla revisione periodica, vi potrebbero essere dei casi in cui è necessaria una modifica tempestiva del programma, come:

- quando l'impresa viene sottoposta ad un'istruttoria da parte della competente autorità di concorrenza;
- quando l'impresa modifica o espande il proprio *business* ad altri settori di attività;
- in seguito a operazioni straordinarie (fusioni/acquisizioni).

#### **BEST PRACTICE IN BRIEF – Principali driver per la revisione del programma di *compliance*:**

- modifiche che riguardano l'attività dell'impresa (prodotto, settore, area geografica ecc.);
- modifiche delle quote di mercato;
- modifica del livello di concorrenza nel mercato rilevante;
- modifiche nell'attività di *enforcement*;
- modifiche legislative/regolatorie.

## **6.4 LE SANZIONI DISCIPLINARI**

Il successo e l'effettività di una strategia di *compliance antitrust* dipende anche dalla previsione di **specifiche sanzioni disciplinari**, come conseguenza delle **violazioni** della **normativa antitrust** e del **programma** appositamente **adottato** per evitarle; sanzioni che possono riguardare chiunque, incluse le figure apicali dell'impresa.

Tali sanzioni, da prevedere nel programma di *compliance*, possono essere **di diverso tipo**: può trattarsi di un mero richiamo (orale informale o scritto formale) o di una multa, eventualmente accompagnati dall'obbligo di partecipare a corsi di formazione e aggiornamento sulla normativa *antitrust*; ma anche di sanzioni più gravi incidenti sulla carriera del responsabile dell'infrazione, come la sospensione, il demansionamento, l'arretramento nell'inquadramento o la mancata promozione fino al licenziamento o all'azione legale.

Il tipo di sanzione applicata può variare **in funzione della gravità dell'infrazione** nonché **dell'elemento soggettivo** della persona o delle persone fisiche materialmente responsabili dell'infrazione in questione. Si dovrebbe distinguere, infatti, al fine di graduare la sanzione eventualmente imposta, a seconda che la violazione sia stata commessa intenzionalmente oppure con negligenza.

In ogni caso, la politica sanzionatoria adottata deve essere **applicata in modo coerente all'intera struttura aziendale**: deve essere chiaro cioè che chiunque ponga in essere una condotta contraria al diritto *antitrust* e alle *policy* di conformità interne è passibile di sanzione disciplinare, indipendentemente dal ruolo ricoperto nell'impresa.

Questo aspetto è di particolare rilevanza, non solo a fini dissuasivi, ma anche per poter dimostrare il serio impegno dell'impresa alla *compliance* nonostante l'infrazione. Al riguardo, è importante considerare, come anticipato, che le Linee guida dell'AGCM annoverano tra le circostanze attenuanti i programmi di *compliance*, con l'avvertenza però che la loro mera esistenza non incide sulla valutazione della gravità della violazione essendo piuttosto necessaria la dimostrazione di un effettivo e concreto impegno al rispetto degli stessi.

In conclusione, un programma di *compliance* credibile non può prescindere dalla definizione di adeguate misure disciplinari, idonee a diffondere tra dipendenti e *partner* dell'impresa il messaggio della "tolleranza zero" nei confronti delle violazioni della normativa *antitrust*.

**ALLEGATO 1**

**INFORMATIVA**

**Indice Allegato 1 - Informativa**

|                                                                                                                                                 |      |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|----|
| 1. Premessa .....                                                                                                                               | pag. | 5  |
| 2. Informativa - parte I: le intese restrittive della concorrenza .....                                                                         | »    | 5  |
| 2.1 Il divieto di intese restrittive della concorrenza .....                                                                                    | »    | 5  |
| 2.2 Le fattispecie tipizzate .....                                                                                                              | »    | 7  |
| 2.3 Ulteriori fattispecie .....                                                                                                                 | »    | 7  |
| 2.3.1 Lo scambio di informazioni .....                                                                                                          | »    | 8  |
| 2.3.2 Il coordinamento nella partecipazione alle gare pubbliche .....                                                                           | »    | 8  |
| 2.4 Il regime di esenzione delle intese .....                                                                                                   | »    | 9  |
| 2.4.1 Il Regolamento UE n. 330/2010 in materia di accordi verticali .....                                                                       | »    | 10 |
| 2.4.2 Le Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale .....                                                                       | »    | 12 |
| 3. Informativa - parte II: l'abuso di posizione dominante e l'abuso di dipendenza economica .....                                               | »    | 13 |
| 3.1 Il divieto di abuso di posizione dominante .....                                                                                            | »    | 13 |
| 3.2 Il divieto di abuso di dipendenza economica .....                                                                                           | »    | 16 |
| 4. <i>segue</i> : le imprese preposte allo svolgimento di servizi di interesse economico generale<br>o che operano in regime di monopolio ..... | »    | 17 |
| 5. Informativa - parte III: le operazioni di concentrazioni tra imprese .....                                                                   | »    | 17 |
| 6. Informativa - parte IV: i poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato<br>e della Commissione Europea .....                  | »    | 21 |
| 6.1 I poteri di indagine .....                                                                                                                  | »    | 21 |
| 6.2 I poteri decisorii .....                                                                                                                    | »    | 22 |
| 6.3 <i>segue</i> : le decisioni con impegni .....                                                                                               | »    | 23 |
| 6.4 <i>segue</i> : i programmi di clemenza .....                                                                                                | »    | 24 |

## 1. Premessa

Nel presente allegato, si propone una sintesi del quadro normativo di riferimento, che potrebbe formare oggetto dell'informativa. In particolare, vengono descritte le fattispecie sostanziali della normativa *antitrust*, nonché i poteri di indagine e decisorio dell'AGCM.

## 2. Informativa - parte I: le intese restrittive della concorrenza

### 2.1 IL DIVIETO DI INTESE RESTRITTIVE DELLA CONCORRENZA

L'articolo 101, paragrafo 1, del TFUE (*ex art. 81, par. 1, del Trattato che istituisce la Comunità europea - TCE*) vieta tutti gli accordi fra imprese, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate "che possano pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e abbiano per oggetto o anche solo per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno".

Del pari, l'articolo 2 della legge n. 287/90 vieta le intese tra imprese che abbiano "per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante".

Le intese sono vietate se hanno per *oggetto* o per *effetto* un'alterazione consistente della concorrenza. In altre parole, le imprese sono considerate responsabili e sanzionabili anche quando l'intesa conclusa non aveva una finalità anti-concorrenziale, essendo sufficiente che il loro comportamento abbia condotto o possa condurre a questo risultato.

Per poter individuare i destinatari della normativa *antitrust*, è opportuno preliminarmente chiarire la nozione di impresa rilevante ai fini del diritto della concorrenza, che è stata elaborata dalla giurisprudenza comunitaria, ovviando alla lacuna normativa.

In particolare, per **impresa** s'intende qualsiasi soggetto, di natura pubblica o privata, cui possa ascriversi un'attività economica di produzione o scambio di beni o di servizi su un determinato mercato, anche se non a scopo di lucro, in modo duraturo e indipendente, a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle sue modalità di funzionamento. La nozione di impresa, quindi, è *funzionale*, nel senso che si riferisce al tipo di attività svolta anziché alle caratteristiche dell'operatore che la esercita.

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

Come la nozione di impresa, anche quella di **intesa**, sviluppata sempre dalla giurisprudenza comunitaria e accolta dall'AGCM, è di ampia portata. Le norme di riferimento vietano tre forme di intesa: gli accordi, le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate. L'elemento comune è costituito dalla **collaborazione tra le imprese** che dà luogo a comportamenti anche solo potenzialmente diversi da quelli che sarebbero dettati dalla struttura e dal contesto di mercato. Sono inoltre imprescindibili la **pluralità delle parti** e il **concorso di volontà**, anche tacito, tra le imprese che decidono di concordare le rispettive condotte commerciali.

Nella nozione di **accordo** viene fatta rientrare ogni manifestazione dell'incontro tra le volontà di più imprese, a prescindere dalla forma utilizzata e dalla vincolatività di tale manifestazione. Alla luce dei precedenti comunitari e nazionali, infatti, è sufficiente una semplice manifestazione di volontà comune raggiunta nel contesto di riunioni tra rappresentanti delle imprese, anche in assenza di verbali e resoconti delle riunioni medesime, nonché di specifici meccanismi di esecuzione dell'accordo.

Le **decisioni di associazioni di imprese** sono le deliberazioni adottate da organismi rappresentativi di una categoria di imprese volte a influenzare le condotte commerciali dei propri associati, producendo effetti anticoncorrenziali. Per **associazione di imprese** s'intende qualsiasi struttura avente natura corporativa (dotata o meno di personalità giuridica) che, indipendentemente dal perseguimento di uno scopo di lucro, svolge la funzione di esprimere la volontà collettiva delle imprese che vi aderiscono, influenzandone le singole condotte. Rientra nella nozione di decisione di associazione d'impresa ogni forma di deliberazione anche non vincolante, come ad esempio le delibere, i regolamenti, i codici di autodisciplina, i comunicati stampa, le raccomandazioni, le circolari, le tariffe professionali e i codici di condotta, nella misura in cui tali atti siano idonei a coordinare le condotte commerciali delle imprese destinatarie.

La nozione di **pratica concordata** fa riferimento a ogni forma di coordinamento con cui le imprese, pur senza giungere a un vero e proprio accordo, consapevolmente sostituiscono la reciproca cooperazione ai rischi della concorrenza. In particolare, essa mira a sottoporre al divieto di intese anticoncorrenziali tutte quelle fattispecie collusive, che non rientrano nelle prime due categorie e, quindi, non costituiscono né un accordo né una decisione di associazione di imprese.

Al fine di individuare la pratica concordata, la giurisprudenza europea, cui quella nazionale si è allineata, ne ha progressivamente identificato tre elementi costitutivi: *i)* l'esistenza di un contatto tra le imprese; *ii)* la successiva condotta tenuta sul mercato dalle imprese partecipanti alla concertazione; *iii)* un nesso causale tra i contatti tra concorrenti e la loro successiva condotta di mercato.

Anche il comportamento semplicemente parallelo, dunque, può essere qualificato come pratica concordata qualora la concertazione sia l'unica spiegazione possibile per il comportamento stesso. È però necessaria l'esistenza di una qualche forma di contatto tra le imprese, che consenta loro di conoscere le rispettive strategie commerciali.

A ben vedere, quindi, il parallelismo di comportamenti non prova da solo l'esistenza della pratica concordata ma può fornire indizi in questo senso se, tenuto conto della natura dei prodotti, della struttura e delle caratteristiche del mercato, non sia possibile rinvenire una spiegazione alternativa idonea a escludere ragionevolmente la concertazione.

A titolo di esempio, un sistema di riunioni periodiche tra le parti, nell'ambito delle quali le imprese si scambiano informazioni sensibili relative alle proprie attività, è un elemento utile a dimostrare che l'uniformità delle politiche commerciali è il frutto di un consapevole coordinamento. La concertazione, infatti, che non presuppone necessariamente un accordo potendo derivare da semplici raccomandazioni, suggerimenti o comunicazioni dei propri prezzi o di altre condizioni di vendita, deve avere altresì una ricaduta concreta e diretta sulla condotta delle imprese.

Le intese possono distinguersi in orizzontali e verticali; distinzione che non si rintraccia nel TFUE tantomeno nella legge n. 287/90, ma che è diffusa nella pratica degli affari ed è stata recepita negli atti di Commissione e Consiglio.

Per intese **orizzontali** s'intendono accordi o pratiche concordate conclusi tra due o più imprese operanti al medesimo stadio della catena di produzione o di distribuzione ovvero imprese concorrenti attive nello stesso ambito merceologico e geografico. Le forme più comuni nonché maggiormente lesive della concorrenza di intese orizzontali sono quelle elencate dall'articolo 101 del TFUE, come dall'articolo 2 della legge n. 287/90.

Per intese **verticali**, invece, s'intendono accordi o pratiche concordate conclusi tra due o più imprese operanti a un diverso livello della catena di produzione o di distribuzione e relative alle condizioni in base alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi. Ne rappresentano esempi tipici gli accordi di distribuzione tra produttori e commercianti all'ingrosso o dettaglianti oppure gli accordi tra un distributore e un rivenditore al dettaglio o tra un fornitore di materia prima e un produttore del prodotto finito. Anche le intese verticali, come quelle orizzontali, sono in grado di falsare il gioco della libera concorrenza; tuttavia, in genere, godono di un trattamento più favorevole perché non coinvolgono imprese in diretta concorrenza tra loro e, in virtù della complementarità di queste ultime, possono generare guadagni di efficienza.

## 2.2 LE FATTISPECIE TIPIZZATE

Sia la normativa comunitaria (art. 101, par. 1, lett. a) - e), TFUE) sia quella nazionale (art. 2, co. 2, lett. a) – e), L. n. 287/90) si preoccupano di tipizzare alcuni comportamenti che, ove realizzati, integrano senz'altro una fattispecie di intesa. In particolare, essi consistono nel:

- a) fissare i prezzi d'acquisto o di vendita o determinare in comune altre condizioni contrattuali;
- b) restringere l'offerta, impedendo o limitando la produzione, l'accesso al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico;
- c) compartimentare i mercati;
- d) adottare nei confronti dei contraenti trattamenti differenziati per prestazioni equivalenti in assenza di giustificazioni oggettive;
- e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari estranee all'oggetto dei contratti stessi.

La **fissazione dei prezzi** costituisce la forma di intesa maggiormente sanzionata.

Essa è considerata anticompetitiva anche se le indicazioni di prezzo sono non vincolanti o, anziché fissare un prezzo determinato, prescrivono il rispetto di un livello di prezzi sia massimi che minimi.

Il divieto, inoltre, colpisce le pratiche che si concretizzano nella fissazione di condizioni contrattuali diverse dal prezzo (garanzia, modalità di pagamento, servizi aggiuntivi offerti ai clienti ecc.), ma che egualmente tendono a standardizzare l'offerta sul mercato.

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

Le forme in cui questa pratica può estrinsecarsi sono varie: ad esempio, attraverso la determinazione delle quantità che ciascuna impresa membro dell'intesa può produrre o vendere, lasciando che sia il mercato a stabilire il prezzo; oppure attraverso la determinazione di un tetto alla produzione che viene ripartita per quote (in questo caso, ciascun membro dell'intesa si obbliga a ridurre la propria offerta di una certa quantità o percentuale, con la conseguenza che, nonostante le quote di mercato rimangano costanti, la quantità del bene sul mercato si contrae e i prezzi aumentano).

La **compartimentazione dei mercati** è finalizzata a circoscrivere l'area di azione di ciascun concorrente e può essere realizzata attraverso un accordo che determina l'allocazione dei clienti o delle aree geografiche in cui ciascuna impresa può operare.

In presenza di forme di cooperazione che hanno come obiettivo la fissazione dei prezzi, la limitazione della produzione o la compartimentazione dei mercati si suole parlare di *cartelli*. I cartelli, che si caratterizzano per la loro segretezza, limitano fortemente la concorrenza e danneggiano i consumatori. Proprio per questo, la loro scoperta rappresenta uno degli obiettivi fondamentali dell'azione delle autorità di concorrenza.

## 2.3 ULTERIORI FATTISPECIE

Accanto alle fattispecie tipizzate dalle norme, la prassi di Commissione e AGCM ha rilevato ulteriori fattispecie collusive, di cui costituiscono gli esempi più significativi lo **scambio di informazioni** e il **coordinamento nella partecipazione alle gare pubbliche**.

### 2.3.1 Lo scambio di informazioni

Lo scambio di informazioni può sia rilevare in quanto parte di un accordo orizzontale, nel senso che lo scambio è elemento di sostegno o di attuazione dell'accordo (e in questo caso, va valutato nell'ambito dell'accordo in cui s'inserisce), sia integrare esso stesso una fattispecie autonoma di intesa ai sensi dell'articolo 101 del TFUE o dell'articolo 2 della legge n. 287/90.

Perché lo scambio di informazioni sia rilevante dal punto di vista *antitrust* bisogna esaminare i seguenti elementi:

- i) il grado di sensibilità delle informazioni scambiate: affinché il divieto operi, i dati scambiati devono essere sensibili, ossia strategici (prezzi, elenchi di clienti, costi di produzione, quantità, fatturati, vendite, capacità, qualità, progetti di *marketing*, rischi, investimenti, tecnologie, programmi e risultati di ricerca e sviluppo) e non pubblici (non facilmente accessibili, in considerazione dei costi di accesso, per tutti i concorrenti e i consumatori);
- ii) il livello di aggregazione dei dati scambiati: in generale, è lecito diffondere dati di mercato effettivamente aggregati - ossia dati attraverso cui non si possa risalire alle singole imprese - sotto forma di statistiche. A ben vedere, però, anche la diffusione di tali dati potrebbe essere rivelatrice di un intento collusivo qualora il mercato di riferimento sia rigidamente oligopolistico: quanto più è rigido e ristretto l'oligopolio, infatti, tanto più è agevole disaggregare i dati e favorire un equilibrio collusivo;
- iii) l'attualità dei dati oggetto di condivisione: lo scambio di dati storici può dirsi irrilevante, trattandosi di dati difficilmente indicativi del futuro comportamento dei concorrenti. Ciò detto, tuttavia, non esiste una soglia predeterminata oltre la quale i dati diventano storici e, pertanto, occorre guardare alle caratteristiche del mercato. Ad esempio, se il mercato è caratterizzato da frequenti momenti di contrattazione, un dato vecchio più di un anno può essere considerato storico; diversamente, se si contratta una volta l'anno, un dato risalente all'anno precedente è senz'altro rilevante e attuale;
- iv) la frequenza degli scambi informativi: è chiaro che una maggiore frequenza nello scambio consente sia una migliore comprensione del mercato che un maggior controllo dello stesso, con l'aumento del rischio di un'ipotesi collusiva. Tuttavia, va precisato che anche uno scambio meno frequente potrebbe essere sufficiente a determinare un esito collusivo nei mercati con contratti a lungo termine, nei quali la frequenza di rinegoziazione dei prezzi è scarsa. Diversamente, uno scambio simile non servirebbe allo scopo collusivo nei mercati con contratti a breve termine e frequenti rinegoziazioni dei prezzi.

\* \* \*

Particolare attenzione va prestata a riunioni e incontri in seno alle associazioni di categoria, in quanto, in diverse occasioni, l'Autorità ha ritenuto che proprio questa fosse la sede privilegiata per lo scambio di informazioni<sup>1</sup>.

### 2.3.2 Il coordinamento nella partecipazione alle gare pubbliche

Gli accordi anticoncorrenziali aventi a oggetto gare per l'assegnazione di appalti pubblici (c.d. *bid rigging*) costituiscono forme particolarmente offensive di infrazione delle regole della concorrenza e sono qualificati come restrizioni *hard-core* dalla giurisprudenza sia nazionale che comunitaria.

Con riferimento a questo settore, l'AGCM ha annunciato un'intensificazione della sua azione cui hanno fatto seguito la pubblicazione di un *Vademecum* per le stazioni appaltanti per individuare le criticità concorrenziali nell'ambito degli appalti pubblici<sup>2</sup>, nonché una serie di procedure di accertamento culminate con l'adozione di provvedimenti sanzionatori.

<sup>1</sup> Sul punto, si rimanda a CONFINDUSTRIA, *Le associazioni di imprese e il diritto antitrust - Linee guida in materia antitrust*, 14 maggio 2010, reperibile al seguente indirizzo: <http://www.confindustria.it/Aree/DocumentiPub.nsf/DocumentiALTuttiARCH/A01A5FC8B48CAEA5C1257727002C3CF9?openDocument>.

<sup>2</sup> AGCM, *Vademecum per le stazioni appaltanti - Individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici*, 18 settembre 2013, reperibile al seguente indirizzo: [http://www.agcm.it/component/joomdoc/allegati-news/Delibera\\_e\\_Vademecum.pdf/download.html](http://www.agcm.it/component/joomdoc/allegati-news/Delibera_e_Vademecum.pdf/download.html).

Per quanto attiene al problema della costituzione di Associazioni Temporanee di Imprese (ATI), Raggruppamenti Temporanei di Imprese (RTI) e Consorzi per la partecipazione alle gare, l'Autorità ha ritenuto che tali forme di cooperazione tra imprese, ammesse dal decreto legislativo n. 163/2006 (c.d. *Codice degli appalti*)<sup>3</sup>, siano senz'altro compatibili con la normativa *antitrust* nella misura in cui consentano a imprese attive in fasi differenziate di una stessa filiera di poter presentare la propria offerta a gare a cui individualmente non potrebbero partecipare.

Con riguardo, invece, ai raggruppamenti realizzati tra imprese che producono il medesimo bene o servizio e dispongono ciascuna autonomamente dei requisiti finanziari e tecnici per la partecipazione alla gara (c.d. ATI "sovrabbondanti" o "non necessarie"), di recente, l'Autorità ha chiarito che l'esclusione di tali raggruppamenti dalla gara è legittima laddove la relativa clausola del bando: i) espliciti le ragioni della possibile esclusione in relazione alle esigenze del caso concreto, quali la natura del servizio e/o l'assetto del mercato di riferimento; ii) preveda che l'esclusione del RTI non può essere automatica, essendo la stazione appaltante tenuta a dimostrare la sussistenza di rischi concreti e attuali di collusione delle imprese partecipanti alla gara in raggruppamento; iii) disponga che la valutazione della stazione appaltante, relativa alla sussistenza dei possibili profili anticoncorrenziali nella formazione del raggruppamento, tenga conto delle giustificazioni - in termini di efficienza gestionale e industriale, alla luce del valore, della dimensione o della tipologia del servizio richiesto - che le imprese partecipanti al RTI forniscono al momento della presentazione della domanda o su richiesta della stazione appaltante<sup>4</sup>.

#### **BEST PRACTICE IN BRIEF per individuare forme di intese lesive della concorrenza:**

Sottoporre all'esame della competente funzione aziendale le pratiche che, alla luce dei principi descritti, potrebbero configurare intese lesive della concorrenza e ricordare che vengono generalmente considerate tali le condotte volte a:

- fissare i prezzi o le strategie generali di prezzo o singole componenti dello stesso;
- definire altre condizioni contrattuali (es. i termini di pagamento oppure quelli di consegna);
- limitare la capacità produttiva o i volumi di vendita;
- ripartire i mercati o la clientela;
- alterare le gare d'appalto.

## **2.4 IL REGIME DI ESENZIONE DELLE INTESSE**

Il divieto di porre in essere intese anticoncorrenziali trova una deroga agli articoli 101 del TFUE e 4 della legge n. 287/90, che prevedono l'**inapplicabilità** del **divieto** quando la natura anticoncorrenziale di un'intesa sia superata dai benefici che la stessa apporta sotto il profilo della concorrenza.

L'articolo 101, paragrafo 3, del TFUE enuclea **quattro condizioni cumulative**, due positive e due negative, al verificarsi delle quali l'intesa, seppur potenzialmente anticoncorrenziale, può ritenersi consentita. Tali condizioni sono sintetizzabili come segue:

- 1) incrementi di efficienza realizzati attraverso il miglioramento della produzione o della distribuzione dei prodotti o la promozione del progresso tecnico o economico;
- 2) destinazione agli utilizzatori di una congrua parte dell'utile derivante dall'intesa;

<sup>3</sup> D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*.

<sup>4</sup> AGCM, *Comunicazione avente ad oggetto l'esclusione dei raggruppamenti temporanei di imprese "sovrabbondanti" dalle gare pubbliche*, 23 dicembre 2014, reperibile al seguente indirizzo: <http://www.agcm.it/stampa/news/7359-comunicazione-avente-ad-oggetto-lesclusione-dei-raggruppamenti-temporanei-di-imprese-sovrabbondanti-dalle-gare-pubbliche.html>.

- 3) indispensabilità delle restrizioni ai predetti fini;
- 4) impossibilità per le imprese di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

Del pari, l'articolo 4 della legge n. 287/90 consente all'AGCM di autorizzare, per un periodo limitato, le intese vietate ai sensi dell'articolo 2, rispondenti a quattro condizioni che parafrasano quelle individuate dalla norma comunitaria.

Va tuttavia precisato che, a seguito dell'entrata in vigore del Regolamento n. 1/2003<sup>5</sup> e del sistema di eccezione legale a esso connesso, lo strumento della comunicazione volontaria delle intese ai fini della richiesta di una autorizzazione in deroga ha assunto portata residuale, come testimoniato dalla prassi applicativa.

Oltre alle **esenzioni individuali**, cioè relative a singole intese, la Commissione ha il potere di accordare un'esenzione generalizzata a intere categorie di intese attraverso **regolamenti d'esenzione**.

#### 2.4.1 Il Regolamento UE n. 330/2010 in materia di accordi verticali

Tra i regolamenti di esenzione attualmente in vigore a livello comunitario, il principale è il Regolamento UE n. 330/2010 in materia di accordi verticali<sup>6</sup>.

Il Regolamento dichiara il **divieto** di intese restrittive della concorrenza **inapplicabile a categorie di accordi verticali e pratiche concordate** che rispondano ai precisi **requisiti** previsti dal Regolamento stesso (artt. 2 e 3).

In particolare, ai fini del beneficio dell'esenzione, deve risultare che:

- i) la quota di mercato detenuta dal fornitore non superi il 30% del mercato rilevante sul quale vende i beni o i servizi oggetto del contratto;
- ii) la quota di mercato detenuta dall'acquirente non superi il 30% del mercato rilevante sul quale acquista i beni o i servizi oggetto del contratto.

Tuttavia, il predetto beneficio non può operare se l'accordo contiene **restrizioni fondamentali** (c.d. *hard-core*), ossia restrizioni della concorrenza che per il probabile danno che arrecano al mercato vengono considerate particolarmente gravi (art. 4). Queste restrizioni, pertanto, sono **vietate** e la loro presenza comporta che l'accordo verticale, nella sua totalità, perda il beneficio dell'esenzione per categoria.

In particolare, sono considerate tali le restrizioni:

- della facoltà dell'acquirente di determinare il proprio prezzo di vendita, fatta salva la possibilità per il fornitore di imporre un prezzo massimo di vendita o di raccomandare un prezzo di vendita, a condizione che questi non equivalgano a un prezzo fisso o a un prezzo minimo di vendita per effetto di pressioni esercitate o incentivi offerti;
- relative al territorio nel quale o ai clienti ai quali l'acquirente, che è parte contraente dell'accordo, fatta salva una restrizione relativa al suo luogo di stabilimento, può vendere i beni o i servizi oggetto del contratto;
- delle vendite attive o passive agli utenti finali da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva (vedi *infra*) operanti nel commercio al dettaglio, fatta salva la possibilità di proibire a un membro di tale sistema di svolgere la propria attività in un luogo di stabilimento non autorizzato;
- delle forniture incrociate tra distributori all'interno di un sistema di distribuzione selettiva, ivi inclusi i distributori operanti a differenti livelli commerciali;

<sup>5</sup> CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, in GUUE, L 1/1, 04 gennaio 2003.

<sup>6</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione del 20 aprile 2010 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate*, in GUUE, L 102/1, 23 aprile 2010. Cfr. anche la comunicazione della Commissione *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, in GUUE, C 130/1, 19 maggio 2010.

- pattuite tra un fornitore di componenti e un acquirente che li incorpora, della facoltà del fornitore di vendere tali componenti come pezzi di ricambio a utenti finali, a riparatori o ad altri prestatori di servizi non incaricati dall'acquirente della riparazione o della manutenzione dei propri prodotti.

Secondo la Commissione, se un accordo contiene una delle descritte restrizioni si presume, salvo prova contraria, che rientri nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del TFUE e che non soddisfi le condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, con conseguente esclusione del beneficio dell'esenzione per categoria.

A ben vedere, trattandosi di una presunzione relativa, le imprese hanno la possibilità di dimostrare che, nel caso concreto, esistono degli effetti favorevoli sulla concorrenza e che dalla restrizione fondamentale derivino probabili efficienze idonee a soddisfare le condizioni di esenzione. Tuttavia, spetta sempre alla Commissione valutare l'impatto sulla concorrenza prima di decidere, in via definitiva, circa la reale sussistenza delle condizioni suddette.

Ciò sta a significare che bisogna sempre porre l'attenzione sugli effetti dell'accordo così come si manifestano in concreto e non già effettuare una valutazione in astratto, atteso che un accordo verticale apparentemente anticoncorrenziale può, di fatto, rivelarsi vantaggioso.

Il Regolamento, poi, individua un novero di **obbligazioni escluse dal beneficio dell'esenzione** (art. 5). In particolare, si tratta di:

- obblighi di non concorrenza, la cui durata sia indeterminata o superiore a cinque anni, con la precisazione che obblighi di non concorrenza tacitamente rinnovabili oltre cinque anni sono assimilati a quelli di durata indeterminata. Vi si include qualsiasi obbligo, diretto o indiretto, che imponga all'acquirente di non produrre, acquistare, vendere o rivendere beni o servizi in concorrenza con i beni o servizi oggetto del contratto, oppure di acquistare dal fornitore o da un'altra impresa, da questo indicata, più dell'80% degli acquisti annui complessivi dei beni o dei servizi contrattuali e dei loro succedanei effettuati dall'acquirente sul mercato rilevante;
- obblighi di non concorrenza dopo la scadenza del contratto, salvo che: i) riguardino beni o servizi in concorrenza con i beni o i servizi contrattuali; ii) siano limitati a locali e a terreni in cui l'acquirente ha operato durante il periodo di vigenza del contratto; iii) durino non più di un anno dalla scadenza dell'accordo, con possibilità di imporre una restrizione non limitata nel tempo in relazione all'utilizzazione e alla diffusione del *know-how* che non sia divenuto di pubblico dominio;
- obbligo diretto o indiretto che imponga ai membri di un sistema di distribuzione selettiva di non vendere marche di particolari fornitori concorrenti. In tale ipotesi, scopo dell'esclusione è evitare che si impedisca l'accesso al mercato a un determinato concorrente. Per *sistema di distribuzione selettiva*, infatti, s'intende un sistema di distribuzione nel quale il fornitore si impegna a vendere i beni o i servizi oggetto del contratto, direttamente o indirettamente, solo a distributori selezionati sulla base di criteri specificati e nel quale questi distributori si impegnano a non vendere tali beni o servizi a rivenditori non autorizzati nel territorio che il fornitore ha riservato a tale sistema.

Le restrizioni escluse impediscono sempre l'operatività del beneficio d'esenzione, anche se non viene superata la soglia della quota di mercato. In ogni caso, esse sono considerate meno gravi delle restrizioni fondamentali tanto che l'esenzione può essere applicata alla parte rimanente dell'accordo verticale ove questa sia separabile dalle restrizioni non esentate (contrariamente alle restrizioni *hard-core* la cui presenza impedisce che l'accordo possa beneficiare della esenzione nella sua interezza).

**BEST PRACTICE IN BRIEF per analizzare un accordo verticale:**

- se un accordo verticale rientra nell'applicazione dell'art. 101.1, TFUE, verificare se è potenzialmente riconducibile all'esenzione per categoria;
- se rientra nell'esenzione, verificare che: le parti non siano concorrenti; si tratti di un accordo non reciproco e sussista almeno una delle condizioni di cui all'art. 2.4, Reg. n. 330/2010; la quota di mercato rilevante del fornitore e dell'acquirente non sia superiore al 30%; l'accordo non contenga un obbligo di non concorrenza (salvo che soddisfi le condizioni di cui all'art. 5, Reg. n. 330/2010) o, alla scadenza, un obbligo per l'acquirente di non produrre, acquistare o rivendere determinati beni o servizi; non vi siano restrizioni gravi;
- se rientra nell'applicazione dell'art. 101.1, TFUE, ma non nell'esenzione di categoria, verificare l'applicazione dell'art. 101.3, TFUE;
- ricordare che accordi di agenzia commerciale sono considerati accordi verticali quando l'agente sopporta significativi rischi finanziari o commerciali in relazione all'attività svolta per il preponente; diversamente rientrano nel campo di applicazione dell'art. 101.1, TFUE.

**2.4.2 Le Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale**

Anche alcuni accordi orizzontali possono ritenersi compatibili con il diritto della concorrenza. Infatti, sebbene essi siano considerati tra i più delicati sotto il profilo *antitrust*, in taluni casi possono avere una valenza pro-competitiva qualora consentano di realizzare incrementi di efficienza o altre forme di benefici (es. maggiori qualità di beni e/o servizi o progresso tecnologico), trasferibili ai consumatori senza che la concorrenza risulti inevitabilmente compromessa.

In particolare, nei casi di **accordi di cooperazione circoscritti a definite fasi di un processo produttivo**, le parti, pur avendo beneficiato di una cooperazione a livello intermedio di tale processo, continueranno a farsi concorrenza per la vendita del prodotto finito.

Alla luce di ciò, la Commissione ha individuato alcuni principi che devono essere applicati nel valutare le fattispecie in questione in quanto, secondo le parole della Commissione “gli accordi di cooperazione orizzontale possono determinare **vantaggi** economici sostanziali, in particolare se combinano attività, competenze o attivi complementari. La cooperazione orizzontale tra imprese può costituire uno strumento idoneo a condividere i rischi, ridurre i costi, aumentare gli investimenti, mettere in comune il *know-how*, aumentare la qualità e la varietà dei prodotti e lanciare più rapidamente le innovazioni sul mercato”.

Pertanto, come per gli accordi verticali, anche per quelli orizzontali la Commissione, mediante la pubblicazione di una comunicazione sugli accordi di cooperazione orizzontale<sup>7</sup>, ha fornito un quadro di **analisi applicabile** alle forme più comuni di accordi, al fine di verificare se esse siano compatibili con il divieto di intese restrittive della concorrenza e, in caso negativo, valutare se i benefici pro-concorrenziali superino gli effetti restrittivi, così da consentire alle imprese interessate dall'accordo di invocare l'applicazione dell'esenzione di cui all'articolo 101, paragrafo 3, del TFUE.

Le **tipologie** di accordi orizzontali maggiormente **ricorrenti** possono essere sintetizzate come segue.

- Accordi di ricerca e sviluppo (R&S):  
hanno per oggetto la realizzazione in comune da parte di due o più imprese tra loro concorrenti di un progetto di ricerca ed eventualmente anche di sfruttamento in comune dei risultati. Questo tipo di cooperazione può realizzarsi all'interno di un'impresa comune costituita dalle parti a tale scopo oppure formare oggetto di un contratto sottoscritto dalle parti dell'accordo.

<sup>7</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione - Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, in GUUE, C 11/1, 14 gennaio 2011.

- **Accordi di produzione e accordi di specializzazione:**  
con i primi, due o più imprese concordano di fabbricare e/o fornire in comune determinati beni e/o servizi; con i secondi, le parti decidono unilateralmente o reciprocamente di specializzarsi, cessando così la produzione di un determinato bene per acquistarlo dal proprio *partner*.
- **Accordi di acquisto in comune:**  
trattasi di accordi abitualmente conclusi da PMI che, mediante gli acquisti in comune, mirano a conseguire presso i propri fornitori volumi e sconti simili a quelli ottenuti dalle loro imprese concorrenti di grandi dimensioni. Anch'essi possono essere realizzati dalle parti sia mediante la costituzione di un'impresa comune, sia mediante la conclusione di un accordo contrattuale.
- **Accordi di commercializzazione:**  
possono realizzare la cooperazione tra imprese concorrenti relativamente a una o più funzioni commerciali come la vendita, la distribuzione oppure la promozione dei prodotti o servizi oggetto dell'accordo. In linea di principio, la liceità di questo tipo di accordi può essere sostenuta se essi consentono l'utilizzo in comune di una risorsa allo scopo di ridurre i costi o comunque di razionalizzare l'attività; laddove però ciò comporti di fatto la definizione di aspetti commerciali attinenti alla distribuzione del prodotto (vengono cioè definite anche le condizioni alle quali i prodotti devono essere ceduti al distributore comune), è probabile ricadere nel divieto di cui agli articoli 101 del TFUE e 2 della legge n. 287/90.  
Ad esempio, un accordo di commercializzazione potrebbe essere ritenuto lecito sotto un profilo *antitrust* qualora sia indispensabile per consentire a un'impresa di accedere a un mercato che altrimenti le sarebbe stato precluso (è il caso dei raggruppamenti temporanei di imprese che partecipano alle gare pubbliche di appalto per l'aggiudicazione della titolarità dell'erogazione di servizi e forniture oppure della produzione di lavori). Di contro, un accordo che abbia per oggetto la fissazione dei prezzi di vendita, a prescindere dal potere di mercato delle parti e dalla natura esclusiva dell'accordo, è di regola considerato restrittivo.
- **Accordi di standardizzazione:**  
hanno per oggetto la definizione di requisiti tecnici o qualitativi di prodotti o servizi, ovvero di processi o metodi di produzione attuali o futuri.

### 3. Informativa - parte II: l'abuso di posizione dominante e l'abuso di dipendenza economica

#### 3.1 IL DIVIETO DI ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

Il funzionamento di un determinato mercato non viene alterato dalla sola circostanza che un'impresa raggiunga elevate dimensioni nello stesso. Secondo la rilevante giurisprudenza europea, infatti, un'impresa può ben svilupparsi sul mercato attraverso un virtuoso processo di crescita interna e assumere di conseguenza una posizione di preminenza sul mercato in questione, *i.e. posizione dominante*. Ciò che invece la **normativa antitrust** - sia europea che nazionale - **vieta** è lo **sfruttamento abusivo del potere di mercato** di un'impresa che si trova in tale posizione.

Più precisamente, gli articoli 102 del TFUE e 3 della legge n. 287/90 vietano all'impresa che detiene una posizione dominante all'interno del mercato europeo/nazionale o in una sua parte rilevante di:

- a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose/non eque;

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

In altre parole, vengono posti dei vincoli al comportamento di un'impresa in posizione dominante al fine di impedirle di compromettere lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata sul mercato. Ne deriva che condotte normalmente consentite a imprese sprovviste di un simile potere di mercato potrebbero risultare vietate a quell'impresa che invece detiene la posizione di preminenza, in virtù della *speciale responsabilità* per il funzionamento del mercato che su di essa grava.

La verifica della posizione dominante è chiaramente il presupposto necessario per l'applicazione della disciplina sull'abuso. L'accertamento dell'esistenza della dominanza a sua volta postula un'analisi della struttura del mercato rilevante. La prima operazione da compiere per poter valutare se un'impresa detenga una posizione dominante è, quindi, la **definizione** del c.d. **mercato rilevante**.

Ai sensi della normativa *antitrust*, il mercato rilevante risulta dalla combinazione di due grandezze:

- i) l'ambito merceologico (mercato **del prodotto** rilevante), in cui sono compresi tutti i beni e servizi che possano essere ritenuti dal consumatore intercambiabili o sostituibili, in ragione delle loro caratteristiche, dei loro prezzi o dell'uso al quale sono destinati;
- ii) l'ambito territoriale (mercato **geografico** rilevante), intendendo per tale l'area dove le imprese forniscono o sono potenzialmente in grado di fornire i predetti beni e i servizi e dove le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee nonché, al contempo, considerevolmente diverse da quelle presenti nelle aree geografiche contigue.

Compiuta la preliminare operazione di definizione del mercato rilevante, per accertare se un'impresa detenga su di esso una **posizione dominante** è necessario considerare diversi **elementi**, individuati dalla giurisprudenza. In particolare, occorre verificare se:

- l'impresa venda gran parte dei prodotti o servizi di quel determinato mercato, vale a dire detiene una quota di mercato c.d. significativa. Al riguardo, è utile considerare che una quota di mercato inferiore al 40% è solitamente indicativa dell'assenza di una posizione dominante; una quota pari al 50%, invece, viene considerata un serio indizio della sussistenza di detta posizione;
- a causa delle caratteristiche economiche di quel mercato oppure in virtù di eventuali vincoli istituzionali, le possibilità di reazione degli altri concorrenti siano limitate, al punto che l'impresa può comportarsi in modo significativamente indipendente dai suoi concorrenti e clienti (es. un'impresa può essere considerata in posizione dominante quando ha la possibilità di fissare prezzi superiori a quelli dei propri concorrenti per beni o servizi comparabili, senza per questo incorrere nel rischio di perdere rapidamente una quota di mercato tale da vanificare la massimizzazione dei ricavi cui la politica di prezzo adottata è funzionale);
- per le imprese concorrenti sussistano barriere, di natura regolamentare, tecnica o economica, tali da impedire o ritardarne l'ingresso o lo sviluppo nel mercato rilevante.

A differenza del divieto di intese restrittive della concorrenza, le norme che vietano l'abuso di posizione dominante si riferiscono a condotte di mercato adottate unilateralmente da un'impresa in posizione dominante.

Va comunque precisato che una posizione dominante su un determinato mercato può essere detenuta anche da più imprese congiuntamente. Sia l'articolo 102 del TFUE che l'articolo 3 della legge n. 287/90, infatti, fanno riferimento all'abuso, non solo da parte di una, ma anche da parte di più imprese. In questa ipotesi, di c.d. **dominanza collettiva**,

l'abuso può realizzarsi quando due o più imprese, pur tra loro indipendenti, risultino collegate da rapporti economici (non necessariamente sulla base di accordi o altri vincoli giuridici), tali da scegliere una condotta di mercato comune e, pertanto, da essere percepite dai concorrenti e dai clienti come un'unica impresa in posizione dominante.

In linea generale, le fattispecie di abuso di posizione dominante possono essere distinte in due tipi:

- i) **abusi c.d. di sfruttamento**, che solitamente si traducono in condotte poste in essere da un'impresa dominante a danno delle proprie controparti commerciali (es. nel caso di richieste di prezzi elevati per un materia prima indispensabile al cliente per offrire i suoi servizi nel mercato sul quale opera);
- ii) **abusi c.d. escludenti**, che consistono in condotte illecite poste in essere per estromettere i propri concorrenti dal mercato di riferimento. In questo caso, la difficoltà di applicazione della disciplina consiste nel distinguere tra i comportamenti con cui l'impresa dominante compete anche in maniera aggressiva ma sempre nell'ambito di una concorrenza *nel merito*, dai comportamenti che invece non fanno parte del normale processo concorrenziale.

Esempi di fattispecie abusive ricorrenti sono:

- le **pratiche discriminanti a danno di clienti o imprese** estranee al gruppo industriale a cui appartiene l'impresa dominante. Quest'ultima, infatti, non può applicare ingiustificate discriminazioni nei rapporti commerciali con i terzi e/o clienti, attraverso una differenziazione nel prezzo o nelle altre condizioni contrattuali che non corrisponda a una reale differenza dei costi sostenuti;
- il **rifiuto a contrarre** opposto da un'impresa in posizione dominante, allorché il diniego determini un'alterazione delle corrette dinamiche di mercato, in termini di ostacolo o di impedimenti all'accesso. Il caso tipico è il rifiuto ingiustificato opposto dal possessore/gestore di un'infrastruttura essenziale - c.d. *essential facility* - o dall'impresa produttrice di un *input* necessario alla produzione di un prodotto alla richiesta di un concorrente di accedere e utilizzare quella infrastruttura o quell'*input* per erogare determinati servizi. A ben vedere, equivale al rifiuto a contrarre: il dare seguito alle richieste di accesso con ritardo o ostacolarle; l'operare selettive e ingiustificate riduzioni di qualità del servizio; il subordinare l'accesso all'infrastruttura a condizioni inique e/o discriminatorie o, comunque, non giustificate;
- le **pratiche di pricing**, tra cui paradigmatico è il caso di adozione di prezzi c.d. *predatori*, intendendo per tali prezzi inferiori al costo effettivamente sostenuto dall'impresa per offrire determinati beni e/o servizi<sup>8</sup>. I prezzi predatori, sebbene apprezzati dai consumatori, possono pregiudicare la permanenza o l'ingresso sul mercato di nuovi operatori altrettanto efficienti e, pertanto, condurre in futuro a un rialzo dei prezzi stessi più stabile e duraturo;
- i **rapporti di esclusiva e/o fidelizzanti**. Le esclusive possono consistere sia nell'imposizione ai clienti di fornirsi esclusivamente, o per la maggior parte, dall'impresa dominante; sia nell'imposizione ai fornitori di servire esclusivamente l'impresa dominante. In questo senso, la concessione di particolari sconti o *bonus* ai clienti, slegati da effettivi vantaggi di costo per il fornitore, è assimilabile a un obbligo di esclusiva. Il carattere abusivo è inerente alle limitazioni e/o ai disincentivi che i clienti, beneficiari di tali sconti o *bonus*, incontrano nel ricorrere a fonti di approvvigionamento offerte da terzi;
- le **pratiche leganti**. Attraverso l'offerta congiunta di più prodotti, l'impresa può far leva sulla posizione dominante detenuta sul mercato di uno di tali prodotti per escludere i concorrenti dal mercato del prodotto abbinato. In questa categoria di abusi rientrano le pratiche di: *tying* o *vendita abbinata*, con cui l'impresa condiziona l'acquisto del prodotto principale all'acquisto del prodotto abbinato, per ragioni contrattuali o tecniche (il prodotto principale è disegnato per operare solo con il prodotto abbinato dell'impresa); *bundling* puro o vendita aggregata, in cui i prodotti sono venduti solo insieme; *bundling* misto, in cui i prodotti sono venduti anche separatamente ma il pacchetto è venduto a un prezzo inferiore al prezzo complessivo dei due prodotti acquistati separatamente (trattasi, quindi, di uno sconto condizionato all'acquisto di più prodotti).

<sup>8</sup> Più precisamente, per stabilire il carattere predatorio dei prezzi praticati, si verifica se tali prezzi siano inferiori a determinati indicatori di costo.

### 3.2 IL DIVIETO DI ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA

La legge n. 192/1998<sup>9</sup> sulla **subfornitura**, all'articolo 9, introduce il **divieto di abuso** di dipendenza economica.

L'articolo 9 definisce la **dipendenza economica** come la situazione in cui un'impresa "sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi"; situazione che viene valutata "tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che ha subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti".

L'articolo 9 chiarisce che l'abuso di tale situazione può consistere nell'imporre all'impresa con cui si intrattiene il rapporto contrattuale di sub-fornitura condizioni ingiustificatamente gravose e/o eccessivamente squilibrate a proprio vantaggio; nell'interrompere arbitrariamente le relazioni commerciali in corso oppure nel rifiutarsi di vendere o comprare. A ben vedere, si tratta di un elenco esemplificativo, talché anche altre condotte possono integrare il divieto di abuso di dipendenza economica.

Sul piano sanzionatorio, l'abuso di dipendenza economica viene punito con la nullità dei patti attraverso i quali esso è stato esercitato e con l'eventuale risarcimento dei danni subiti.

Oltre alle descritte conseguenze sul piano civilistico, può aversi anche l'irrogazione di sanzioni amministrative di tipo pecuniario da parte dell'AGCM, competente a intervenire laddove il predetto abuso determini altresì un'alterazione dei meccanismi concorrenziali del mercato oppure integri un abuso di posizione dominante. Ciò accade quando, pur in assenza di una posizione dominante sul mercato, la condotta imprenditoriale abbia un impatto che trascende il rapporto contrattuale tra le parti, così da richiedere un intervento dell'Autorità volto a ristabilire l'ordine concorrenziale turbato.

A oggi non ci sono esempi di applicazione dell'articolo 9 nella prassi decisionale dell'AGCM, ma si è sviluppata un'ampia giurisprudenza civile che ha tentato di delineare l'ambito applicativo del divieto in commento, come evidenziato dalla casistica passata in rassegna (vedi ALLEGATO II).

#### **BEST PRACTICE IN BRIEF per verificare lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante:**

- sottoporre le pratiche che, alla luce dei principi descritti, potrebbero configurare ipotesi di abuso di posizione dominante all'esame della competente funzione aziendale;
- prestare particolare attenzione alla predisposizione e approvazione delle clausole contrattuali, in modo da evitare che le stesse comportino squilibri economici tra le parti o vantaggi a favore delle società economicamente collegate con l'impresa dominante;
- applicare alle imprese economicamente collegate con l'impresa dominante e a quelle terze sistemi tariffari rispondenti a criteri oggettivi, trasparenti, orientati ai costi e comunque tali da non determinare l'esclusione dal mercato o impedire l'accesso allo stesso da parte di concorrenti attuali o potenziali;
- nella concessione di sconti, bonus o incentivi, avere cura che essi siano: garantiti in funzione del raggiungimento di obiettivi non meramente quantitativi e sulla base di periodi di riferimento coerenti rispetto alle consuetudini commerciali del settore in materia di ordini e pagamenti; corrispondenti a reali risparmi di costo o guadagni di efficienza;
- laddove venga decisa una politica di condizioni commerciali più favorevoli (es. sconti), quest'ultima deve essere rivolta alle società collegate economicamente all'impresa dominante e a terzi in modo da assicurare parità di trattamento;
- non subordinare la fornitura di un servizio richiesto alla condizione che il compratore acquisti un altro servizio economicamente separabile dal primo, salvi i casi in cui la fornitura congiunta risulti giustificata dalla natura dei servizi stessi o da consolidate prassi commerciali;

<sup>9</sup> L. 18 giugno 1998, n. 192, *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*.

- non astenersi dall'acquistare da un fornitore solo per effetto di una decisione concordata con altri concorrenti;
- effettuare acquisti da fornitori indipendentemente dalla circostanza che gli stessi si impegnino ad acquistare servizi da società economicamente collegate all'impresa dominante;
- astenersi dal richiedere ai fornitori di offrire i propri prodotti o servizi esclusivamente a società economicamente collegate all'impresa dominante o a condizioni economiche più favorevoli di quelle applicate ai concorrenti, ove dagli acquisti dell'impresa dominante dipenda una larga parte delle vendite di tali fornitori.
- valutare con massimo scrupolo la cessazione dei rapporti con un fornitore al fine di poter dimostrare che tale cessazione risulti motivata da legittime ragioni commerciali (es. diversificazione, migliori offerte, qualità non soddisfacente del servizio ecc.) e che, pertanto, sarebbe stata attuata da qualunque operatore di mercato in circostanze simili.

#### 4. segue: le imprese preposte allo svolgimento di servizi di interesse economico generale o che operano in regime di monopolio

La normativa *antitrust* può applicarsi anche a misure statali. In particolare, l'articolo 106 del TFUE e l'articolo 8 della legge n. 287/90 si indirizzano sia agli Stati sia alle imprese, collegate a diverso grado e vario titolo con i pubblici poteri. Tuttavia, l'articolo 106 precisa che le norme in materia di concorrenza trovano applicazione per le imprese preposte allo svolgimento di servizi di interesse economico generale (c.d. SIEG) o che operano in regime di monopolio "nei limiti in cui l'applicabilità [...] non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata"; l'articolo 8, comma 2, della legge n. 287/1990, invece, stabilisce che dette norme non trovano applicazione nei confronti delle citate imprese "per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati".

Dal momento che le imprese incaricate del SIEG, in virtù della particolare attività da loro svolta, possono avere la disponibilità esclusiva di determinati beni, servizi o informazioni, esse non possono sfruttare la situazione di privilegio di cui godono a svantaggio di soggetti che svolgono attività collegate con quelle loro riservate.

Pertanto, a garanzia dello svolgimento di un confronto concorrenziale "ad armi pari", qualora tali imprese decidano di agire in mercati diversi da quelli in cui svolgono il SIEG, è necessario che: *i*) operino in regime di separazione societaria (art.8, co. 2-*bis*, l. n. 287/1990); *ii*) comunichino all'AGCM la costituzione di società o l'acquisizione di posizioni di controllo in società operanti nei mercati diversi (art. 8, co. 2-*ter*, l. n. 287/1990); *iii*) rendano disponibili a società da esse partecipate o controllate nei mercati collegati, beni o servizi, anche informativi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte nel SIEG, garantendo lo stesso trattamento alle stesse condizioni anche alle altre imprese direttamente concorrenti in detti mercati (art. 8, co. 2-*quater*, l. n. 287/1990).

#### 5. Informativa - parte III: le operazioni di concentrazioni tra imprese

Un'impresa può svilupparsi non solo accrescendo il "giro d'affari" dei propri prodotti o servizi, ma anche "*concentrandos*" con altre imprese, ossia concludendo operazioni che generano una modifica stabile nel controllo di una o più delle imprese interessate o di parti delle stesse. Pertanto, ciò che rileva ai fini delle **determinazione del carattere concentrativo** di un'operazione tra due o più imprese, è la **modifica del controllo**.

L'articolo 7 della legge n. 287/90 contiene un'ampia nozione di *controllo*, volta a ricondurre nell'ambito di applicazione della disciplina di riferimento qualsiasi operazione che possa comportare una modifica duratura della struttura del mercato ovvero qualsiasi operazione attraverso cui un'impresa acquisisca il potere di influenzare in modo stabile il comportamento di un'altra impresa o di una sua parte.

Tale modifica può essere realizzata attraverso le tipiche modalità civilistiche di acquisizione del controllo, come ad esempio l'acquisto della maggioranza delle quote azionarie di un'impresa che consente di acquisirne il controllo esclusivo, oppure attraverso qualsiasi altro strumento idoneo ad assicurare a un'impresa l'esercizio del controllo - sia di diritto sia di fatto - su un'altra impresa.

Ai sensi della rilevante normativa europea e nazionale (art. 3, Regolamento CE n. 139/2004<sup>10</sup> e art. 5, l. n. 287/90), i tipi di operazione riconducibili alla categoria delle concentrazioni sono così classificati:

- a) **fusione** di due o più imprese o parti di imprese precedentemente indipendenti;
- b) **acquisizione** dell'insieme o di parti di una o più imprese;
- c) costituzione di un'**impresa comune** (o *joint venture*).

Con riguardo alle imprese comuni, è bene distinguere tra imprese comuni di natura **concentrativa** – soggette alla disciplina in commento – e imprese comuni di natura **cooperativa** – soggette alla disciplina sulle intese.

Si ricade nella prima ipotesi, e, pertanto, la costituzione dell'impresa comune (c.d. *NewCo*) può essere qualificata come una concentrazione, qualora essa possieda requisiti specifici che le attribuiscono il carattere della c.d. *full-functionality*, consentendole di poter disporre di:

- risorse finanziarie, personale, attività materiali e immateriali sufficienti per poter esercitare durevolmente un'attività economica;
- titolarità di funzioni svolte in autonomia rispetto alle società fondatrici (c.d. imprese *madri*) e con carattere di stabilità e durevolezza. L'impresa comune, in altri termini, non dovrà operare nell'esclusivo o, quantomeno, prevalente interesse delle imprese madri;
- capacità di dirigere l'impresa con un *management* proprio e indipendente. I dirigenti dell'impresa comune dovranno poter assumere direttamente le principali decisioni strategiche relative alla gestione della stessa, in assenza di meccanismi di ingerenza delle imprese fondatrici negli ordinari processi decisionali della *NewCo*.

Ricadono nella seconda ipotesi, invece, le *joint venture* che, difettando della natura *full-function* - nel senso che non possono essere considerate a tutti gli effetti entità economiche autonome - presentano rischi di coordinamento. In tale ipotesi, l'operazione di costituzione dell'impresa comune potrà essere oggetto di valutazione da parte dell'Autorità, alla luce degli articoli 101 del TFUE e 2 della legge n. 287/1990.

A ben vedere, stando alla definizione di concentrazione che precede, non importa se il controllo sia stato acquisito attraverso uno o più atti giuridici successivi, a condizione che il risultato finale costituisca una concentrazione unica. Secondo l'orientamento generale espresso dal diritto della concorrenza, infatti, rispetto a una fattispecie articolata in più atti giuridici successivi e/o che si presentano interconnessi, occorre avere riguardo al risultato finale, ossia allo scopo economico perseguito dalle parti. Pertanto, ai fini di una corretta applicazione della disciplina antitrust, deve essere individuato tale scopo: per determinare cioè il carattere unitario di più **operazioni**, si tratta, in ciascuna fattispecie, di valutare se le stesse siano **interdipendenti**, per cui l'una non sarebbe stata realizzata senza l'altra.

Con riferimento ai parametri rilevanti per un simile accertamento, la Commissione ha osservato che l'esistenza di un vincolo condizionale è di norma dimostrata se le operazioni sono connesse sotto il profilo giuridico, ossia se gli accordi sono collegati tra loro da un legame di condizionalità reciproca. Anche la condizionalità di fatto può essere sufficiente per trattare le varie operazioni come una concentrazione unica. A questo fine, occorre valutare se ciascuna di tali operazioni dipenda necessariamente o meno dalla conclusione delle altre, in base a indicatori economici, industriali o anche solo comportamentali<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese* - «Regolamento comunitario sulle concentrazioni», in GUUE, L 24/1, 29 gennaio 2004.

<sup>11</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese*, in GUUE, C 95/1, 16 aprile 2008.

Se poi una serie di operazioni interconnesse non presenti natura concentrativa, cionondimeno essa può assumere rilievo per l'applicabilità della disciplina sulle intese. Infatti, fattispecie formalmente distinte possono formare oggetto di trattazione congiunta, laddove, ad esempio, risultino complessivamente funzionali a un disegno unitario di riorganizzazione dell'offerta sul mercato ad opera delle imprese interessate. Rispetto a tale eventuale disegno unitario, le diverse operazioni che lo compongono si configurerebbero quali modalità di esecuzione di un più ampio accordo di cooperazione; se poste in essere tra concorrenti, esse potrebbero essere trattate alla stregua di un'intesa orizzontale.

\* \* \*

Nella prospettiva *antitrust*, l'aspetto maggiormente preoccupante legato alle operazioni concentrative è il rischio che un'impresa, concentrandosi con altre, riduca in maniera sostanziale la concorrenza sul mercato di riferimento, accrescendo la propria capacità di aumentare i prezzi e praticare condizioni svantaggiose per gli utenti. Da qui l'esigenza di un **controllo preventivo** delle operazioni eccedenti determinate **soglie di fatturato**.

Tale controllo preventivo è finalizzato a prevenire la creazione di una struttura di mercato che possa risultare pregiudizievole per la concorrenza e a cui non si potrebbe porre rimedio con un intervento *ex post*, attuato mediante le norme di concorrenza relative al divieto di intese restrittive o di abuso di posizione dominante. Potrebbe verificarsi, infatti, che, in virtù delle caratteristiche strutturali assunte da un determinato mercato per effetto di una concentrazione, gli operatori attivi su quel mercato risultino meno incentivati a farsi concorrenza, senza però assumere condotte passibili di sanzione ai sensi delle norme *antitrust*.

La competenza a effettuare il controllo preventivo su un'operazione di concentrazione spetta all'AGCM oppure alla Commissione, a seconda dei fatturati delle imprese interessate dall'operazione in questione.

Più precisamente, ai sensi dell'articolo 16 della legge n. 287/90, sono soggette al controllo preventivo da parte dell'AGCM le operazioni di concentrazione in cui i fatturati realizzati nel territorio italiano dall'impresa acquisita e dalle imprese interessate superino determinate soglie, aggiornate annualmente tenuto conto dell'inflazione (sulla base dell'ultimo aggiornamento, il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate deve essere superiore a 495 milioni di euro e il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'impresa di cui è prevista l'acquisizione superiore a 50 milioni di euro<sup>12</sup>). Con riferimento alle imprese comuni, l'Autorità precisa che "si dovrà tenere conto del fatturato degli eventuali conferimenti in esse effettuati dalle imprese che ne acquisiscono il controllo congiunto, con conseguente scomputo degli stessi dal fatturato di queste ultime"<sup>13</sup>.

Interverrà lo scrutinio esclusivo della Commissione, invece, qualora il fatturato delle imprese interessate integri le c.d. soglie comunitarie, cioè quando: *i*) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 5 miliardi di euro; *ii*) il fatturato totale realizzato singolarmente nella UE da almeno due delle imprese interessate è superiore a 250 milioni di euro, a meno che ciascuna di tali imprese realizzi più di due terzi del proprio fatturato totale nell'UE all'interno di un unico e medesimo Paese dell'UE (art. 1, Regolamento CE n. 139/2004)

Se le soglie dimensionali previste dalla normativa nazionale o comunitaria vengono superate, l'operazione di concentrazione dovrà essere **comunicata** alla autorità di concorrenza competente, utilizzando uno specifico **formulario**. Le informazioni trasmesse devono essere complete e veritiere. Qualora le parti notifichino una concentrazione fornendo una comunicazione gravemente inesatta, incompleta o non veritiera, il termine entro cui avviare un'istruttoria è interrotto e inizia nuovamente a decorrere solo dal ricevimento delle informazioni che integrano la comunicazione originaria.

<sup>12</sup> AGCM, *Rivalutazione soglie fatturato ex art. 16, comma 1, della legge n. 287/90*, Provvedimento n. 25892 del 9 marzo 2016, in Bollettino n. 7 del 14 marzo 2016.

<sup>13</sup> AGCM, *Comunicazione dell'Autorità - Individuazione della seconda soglia di cui all'art. 16, comma 1, della legge n. 287/90 nei casi di costituzione di nuova impresa comune e di fusione*, 05 agosto 2013, reperibile al seguente indirizzo: <http://www.agcm.it/normativa/concorrenza/6929-comunicazione-concentrazioni-5-agosto-2013-comunicazione-concentrazioni-5-agosto-2013.html>.

Le concentrazioni devono essere notificate prima del perfezionamento giuridico dell'acquisizione, vale a dire prima che l'operazione venga concretamente implementata, per consentire all'Autorità (o alla Commissione) di valutare, in via preventiva, se l'operazione medesima sia idonea a costituire o rafforzare una posizione di dominanza e ad alterare, così, le dinamiche concorrenziali del mercato.

A seguito della notifica si apre una **fase pre - istruttoria** (c.d. Fase I) della durata di 30 giorni, (25 giorni se la procedura è di competenza della Commissione), decorsi i quali l'Autorità (o la Commissione) deve decidere se autorizzare l'operazione oppure approfondire la propria valutazione, avviando la **fase istruttoria** (c.d. Fase II). Quest'ultima dura 45 giorni (90 giorni se la procedura è di competenza della Commissione) trascorsi i quali l'Autorità potrà decidere alternativamente se: *i)* autorizzare l'operazione; *ii)* autorizzarla, ma subordinatamente all'adozione di misure correttive; *iii)* vietarla.

Quanto alle **misure correttive** applicabili per superare le criticità concorrenziali sollevate dall'Autorità e consentire l'autorizzazione dell'operazione, esse possono essere di carattere sia strutturale - *i.e.* cessioni o dismissioni di imprese, parti di impresa o partecipazioni societarie rilevanti - sia comportamentale - *i.e.* impegni di *facere e/o non facere* nella futura politica commerciale.

Considerato che l'adozione di rimedi correttivi, imposti dall'Autorità o proposti dalle parti, per rimuovere gli effetti anticompetitivi di una concentrazione è uno strumento molto utilizzato, i casi di decisione di divieto sono poco frequenti.

La violazione del divieto di realizzazione di un'operazione concentrativa e la mancata ottemperanza alle prescrizioni necessarie a ripristinare le condizioni di concorrenza imposte dall'Autorità sono passibili di sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori all'1% e non superiori al 10% del fatturato delle attività dell'impresa oggetto della concentrazione (art. 19, co. 1, l. n. 287/90).

Inoltre, l'Autorità può infliggere ammende fino all'1% del fatturato dell'anno precedente a quello in cui è effettuata la contestazione alle imprese che non ottemperino all'obbligo di notifica preventiva (art. 19, co. 2, l. n. 287/90).

Per le concentrazioni di rilievo comunitario, nelle stesse ipotesi, la Commissione può infliggere una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10% del fatturato delle imprese interessate (art. 14, par. 2, Regolamento CE n. 139/2004).

Nel caso di un'operazione di concentrazione di rilevanza nazionale, in seguito alla notifica, è prevista altresì la pubblicazione di un avviso relativo alla prevista operazione sulla pagina *web* dell'AGCM, al fine di permettere a terzi di presentare osservazioni in merito.

**BEST PRACTICE IN BRIEF per verificare la compatibilità di un'operazione di concentrazione con la normativa di riferimento:**

- sottoporre all'esame della funzione legale aziendale qualsiasi operazione che si ritenga possa integrare una fattispecie di concentrazione ai sensi della relativa normativa italiana o comunitaria;
- avvisare per tempo, nella fase di negoziazione dell'operazione, la funzione deputata alla compilazione e trasmissione del formulario di notifica (nazionale o comunitaria) dell'operazione o i legali esterni, anche al fine di consentire l'analisi di eventuali problemi concorrenziali connessi alla stessa nonché di valutare le clausole contrattuali utili da inserire per attenuare i possibili rischi antitrust;
- effettuare la comunicazione dell'operazione all'AGCM o alla Commissione europea, nel rispetto dei termini e secondo le modalità indicati dalle rispettive autorità;
- laddove nel corso dell'istruttoria l'AGCM ordini alle imprese interessate di sospendere la realizzazione dell'operazione, attendere la conclusione del procedimento;
- per l'implementazione di un'operazione di concentrazione nazionale o comunitaria, attendere l'adozione del provvedimento finale da parte dell'AGCM o della Commissione europea;
- prestare attenzione alla costituzione di joint venture, in particolare agli aspetti di possibile coordinamento tra le imprese madri, considerato che le joint venture cooperative vengono analizzate alla stregua di intese restrittive della concorrenza.

## 6. Informativa - parte IV: i poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e della Commissione Europea

### 6.1 I POTERI DI INDAGINE

La Commissione e l'AGCM dispongono di ampi poteri di indagine in ordine ai comportamenti delle imprese sospette di infrangere la normativa posta a tutela della concorrenza.

Innanzitutto, alle imprese può essere richiesto di **fornire informazioni** su determinati fatti o circostanze, così come di **esibire documenti**.

Le richieste della Commissione e/o dell'AGCM possono essere effettuate sia informalmente - per le vie brevi, *i.e.* al telefono o mediante lettera informale - sia formalmente mediante lettera. Occorre fare attenzione in quanto, a fronte di mancata risposta ovvero di risposta tardiva e/o incompleta e/o non veritiera a una richiesta formale, sono previste sanzioni amministrative pecuniarie.

In particolare, ai sensi della normativa nazionale, il rifiuto ingiustificato da parte dei soggetti richiesti di fornire informazioni/documenti è punito con sanzioni amministrative pecuniarie fino a circa 26.000 euro; la produzione di informazioni/documenti non veritieri fino a circa 52.000 euro (art. 14, co. 5, l. n. 287/90). Ai sensi della normativa comunitaria, invece, i medesimi comportamenti possono essere puniti con un'ammenda pari all'1% del fatturato realizzato nell'esercizio sociale precedente la commissione dell'infrazione (art. 23, Regolamento CE n. 1/2003).

Nello specifico, non costituisce giustificato motivo di rifiuto o di omissione l'opposizione di:

- a) vincoli di riservatezza o di competenza imposti da regolamenti aziendali o prescrizioni interne;
- b) esigenze di autotutela dal rischio di sanzioni fiscali o amministrative;
- c) esigenze di tutela del segreto aziendale o industriale, salvi i casi in cui la Commissione o l'AGCM riconoscano tali esigenze.

Oltre al potere di richiedere informazioni, sia la Commissione sia l'AGCM hanno il potere di effettuare **accertamenti ispettivi** presso le sedi delle imprese, anche avvalendosi dell'assistenza della Guardia di Finanza. Di regola si tratta di accertamenti effettuati "a sorpresa", volti a prendere visione diretta e ritirare copia dei documenti aziendali rilevanti per l'indagine in corso.

In tale ipotesi, è buona regola esaminare sia il provvedimento con cui l'autorità di concorrenza ha autorizzato i funzionari a procedere all'ispezione, dove ne sono indicati lo scopo e l'oggetto; sia il provvedimento amministrativo con cui la stessa ha deliberato di avviare il procedimento istruttorio e dal quale, quindi, risultano i presunti comportamenti illeciti contestati. Quest'analisi, condotta anche con l'ausilio dei funzionari, è funzionale a comprendere quali documenti siano rilevanti ai fini dell'ispezione e quali documenti non lo siano.

Possono formare oggetto di controllo i libri e i documenti amministrativi e contabili ma anche documenti non ufficiali, interni e informali, a prescindere dalla posizione aziendale ricoperta dall'autore degli stessi (es. corrispondenza, appunti, manoscritti, agende). Inoltre, è sempre più frequente il controllo dei documenti conservati in supporti ottici e/o informatici e, in particolare, dei sistemi di posta elettronica.

Le ispezioni possono essere svolte in tutti i locali e i terreni dell'impresa, ivi inclusi mezzi di trasporto utilizzati per svolgere le attività aziendali. In proposito, è utile considerare che, mentre l'AGCM può effettuare ispezioni solo presso la sede della impresa, la Commissione, previa autorizzazione del giudice, può effettuare ispezioni anche presso il luogo di residenza o il domicilio privato di amministratori, direttori o dipendenti, qualora vi siano ragionevoli sospetti che libri o documenti aziendali siano ivi conservati. Chiaramente, in questa ipotesi, gli ispettori non possono avere accesso a oggetti né estrarre copia di documenti strettamente attinenti alla sfera personale dell'individuo.

Nel corso dell'ispezione, i funzionari incaricati possono richiedere a titolari e dipendenti dell'impresa che vengano loro fornite informazioni e spiegazioni, non solo in merito alla documentazione trovata, ma più in generale in merito all'oggetto dell'indagine svolta. In caso di risposte inesatte o non veritiere o di rifiuto di esibizione dei documenti, anche in questa ipotesi, verranno comminate sanzioni amministrative pecuniarie.

Alla luce di quanto precede, qualora la Commissione o l'AGCM conducano accertamenti ispettivi, è importante che tutto il personale offra la più ampia **disponibilità** e leale **collaborazione**.

Allo stesso tempo, è importante che tutti i dipendenti prestino **attenzione**, consapevoli della delicatezza delle dichiarazioni rese che vengono messe a verbale. Pertanto, occorre rispondere alle domande dei funzionari in maniera chiara ed esauritiva o, laddove ciò non sia possibile, riservarsi di fornire una risposta per iscritto in un secondo momento. Per la stessa ragione, è opportuno verificare tali dichiarazioni e richiedere ai funzionari ogni chiarimento si ritenga necessario.

## 6.2 I POTERI DECISORI

Al termine del procedimento istruttorio, l'autorità di concorrenza competente adotta nei confronti delle parti una **decisione** motivata che può essere di **tre tipi**:

- i) compatibilità;
- ii) accertamento e inibitoria dell'infrazione;
- iii) irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie.

Nel primo caso, l'Autorità considera la fattispecie esaminata **compatibile** con le regole della concorrenza. Tale caso si distingue dalla chiusura del procedimento per insufficienza di prove dove, pur non essendo stata accertata un'infrazione, non può maturarsi un legittimo affidamento sulla correttezza della condotta esaminata dal punto di vista *antitrust*, dal momento che essa non è stata dichiarata.

Invece, nella seconda ipotesi, in cui con la chiusura dell'istruttoria viene **accertata** un'infrazione *antitrust*, l'Autorità **diffida** le imprese a porre fine alla violazione, assegnando loro un termine congruo entro il quale adempiere, pena l'adozione di un provvedimento sanzionatorio.

Nell'ipotesi di condotte ritenute gravemente lesive della concorrenza, l'Autorità, oltre a diffidare le imprese dal prosieguo dell'infrazione, dispone del potere di irrogare **sanzioni amministrative pecuniarie**, fissando i termini entro cui le imprese devono procedere al relativo pagamento. Per ciascuna impresa o associazione di imprese partecipante all'infrazione, l'ammenda può arrivare fino al 10% del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente (art. 23, Regolamento CE n. 1/2003 e art. 15, l. n. 287/90).

Come anticipato, la Commissione prima e l'AGCM poi hanno emanato specifiche Linee guida volte a illustrare i criteri di quantificazione delle sanzioni irrogate in materia di intese e abuso di posizione dominante, dove figurano - tra gli altri - la durata e la gravità dell'infrazione, l'opera svolta dalle imprese per eliminare o attenuare le conseguenze dell'infrazione e le condizioni economiche dei destinatari dell'ammenda.

Il provvedimento sanzionatorio adottato dall'Autorità può essere impugnato da parte delle imprese destinatarie dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per il Lazio (artt. 133 e 134, D.Lgs. n. 104/2010<sup>14</sup>); il provvedimento sanzionatorio della Commissione può essere impugnato dinanzi al Tribunale dell'UE.

Tuttavia, è bene tenere presente che sia la Commissione sia l'AGCM hanno il potere di adottare, anche d'ufficio, specifiche **misure cautelari** nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza e, ove constatino, a seguito di un sommario esame, la sussistenza di un'infrazione della normativa (art. 8, par. 2, Regolamento CE n. 1/2003 e art. 14-bis, l. n. 287/90).

<sup>14</sup> D.Lgs. 02 luglio 2010, n. 104, *Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo* – c.d. *Codice del processo amministrativo*.

Il mancato rispetto di decisione che dispone misure cautelari espone a sanzioni amministrative pecuniarie, che non devono superare: il 10 % del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente, nel caso di decisione della Commissione (art. 23, par. 2, Regolamento CE n. 1/2003); il 3 % del fatturato, nel caso di decisione dell'AGCM (art. 14-*bis*, co. 3, l. n. 287/90).

### 6.3 *SEGUE*: LE DECISIONI CON IMPEGNI

L'istituto della decisione con accettazione di impegni, concepito come una deroga all'ordinaria procedura di accertamento di un'infrazione, era originariamente previsto dalla sola disciplina comunitaria e, nel 2006, è stato introdotto anche nell'impianto normativo nazionale<sup>15</sup>.

Ai sensi dell'articolo 14-*ter* della legge n. 287/90 - analogo all'articolo 9 del Regolamento CE n. 1/2003 - "Entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione".

L'AGCM ha poi adottato una specifica procedura per la presentazione e valutazione degli impegni, dettagliatamente illustrata in un'apposita comunicazione<sup>16</sup>.

Va sottolineato che, in tale comunicazione, l'AGCM ha precisato che una decisione con impegni non può essere assunta per le violazioni c.d. *hard-core*, ossia per quei comportamenti restrittivi o lesivi della concorrenza così gravi da far ritenere necessaria l'irrogazione di una sanzione.

La procedura di cui all'articolo 14-*ter* consente alle **imprese** interessate di **proporre** l'adozione in via unilaterale di **correttivi idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali** delle condotte oggetto dell'istruttoria.

Gli impegni vanno presentati entro tre mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria. Tuttavia, la predetta comunicazione consente di presentare una versione non definitiva degli stessi con congruo anticipo rispetto al termine di tre mesi, al fine di avviare il confronto con l'Autorità sul loro contenuto. Inoltre, viene precisato che l'Autorità "si riserva comunque la possibilità di consentire in ipotesi eccezionali, sulla base di una motivata e tempestiva istanza di parte, la presentazione di impegni oltre il termine sopraindicato".

Qualora l'Autorità ritenga gli **impegni non manifestamente infondati**, procede alla loro pubblicazione, al fine di consentire a terzi interessati di presentare le proprie osservazioni entro i trenta giorni successivi (c.d. **market test**). Le imprese che hanno presentato gli impegni possono, a loro volta, replicare alle osservazioni pervenute e/o introdurre modifiche accessorie alle misure originariamente depositate.

Valutata l'**idoneità** degli impegni presentati a rimuovere le criticità concorrenziali sollevate in sede di avvio del procedimento istruttorio, l'Autorità può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli **obbligatori** per le imprese e, quindi, chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione.

In caso di mancato rispetto degli impegni resi obbligatori, l'AGCM può riaprire il procedimento e irrogare all'impresa inadempiente una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 % del fatturato.

Alla base dell'istituto degli impegni, sussistono due esigenze: da un lato, l'interesse pubblico in capo all'Autorità a risparmiare tempi e risorse necessari per lo svolgimento dell'attività istruttoria; dall'altro, l'interesse delle imprese a non vedere accertata la propria responsabilità, evitando così le conseguenze negative connesse a una decisione di accertamento dell'illecito.

<sup>15</sup> D.L. 4 luglio 2006, n. 223, *Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*.

<sup>16</sup> AGCM, *Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287*, Provvedimento n. 23683 del 6 settembre 2012, in Bollettino n. 35 del 17 settembre 2012.

Da ultimo, appare opportuno evidenziare che, nella prassi dell'AGCM, le decisioni con impegni hanno riguardato prevalentemente procedimenti avviati per accertare fattispecie riconducibili a intese verticali o abusi di posizione dominante.

#### 6.4 SEGUE: I PROGRAMMI DI CLEMENZA

Oltre alle decisioni con impegni, nel 2006, è stato recepito un altro istituto di derivazione comunitaria: i c.d. *programmi di clemenza* (*leniency program*). Attraverso tale istituto, le imprese che comunicano la sussistenza di un'infrazione o collaborano significativamente a fornire elementi di prova con riferimento a un'infrazione di cui l'Autorità è già a conoscenza possono beneficiare dell'immunità o della riduzione della sanzione pecuniaria<sup>17</sup>.

Più precisamente, l'articolo 15, comma 2-*bis*, della legge n. 287/90 prevede che "L'Autorità, in conformità all'ordinamento comunitario, definisce con proprio provvedimento generale i casi in cui, in virtù della **qualificata collaborazione** prestata dalle imprese **nell'accertamento di infrazioni** alle regole di concorrenza, la **sanzione** amministrativa pecuniaria può essere **non applicata** ovvero **ridotta** nelle fattispecie previste dal diritto comunitario".

Anche in questo caso, con un'apposita comunicazione<sup>18</sup>, l'AGCM ha elaborato dettagliate modalità di presentazione da parte dell'impresa della domanda di trattamento favorevole e fissato le condizioni per l'accesso a tale beneficio.

Il programma di clemenza si basa sulla constatazione delle difficoltà legate all'individuazione e alla prova dei cartelli, in mancanza di una collaborazione effettiva da parte delle imprese che vi partecipano. L'AGCM è stata perciò investita del potere di valorizzare tale collaborazione, modulando il regime sanzionatorio in base alla tempestività e qualità delle informazioni rese dalle imprese medesime.

Si tratta, dunque, di un istituto che ha una duplice valenza. Esso, infatti, rappresenta un importante strumento di politica investigativa nonché svolge una funzione deterrente per le imprese che intendono partecipare a un cartello, esponendole all'incertezza che gli altri membri potrebbero svelare la concertazione in cambio dell'immunità o comunque di una sensibile riduzione della sanzione.

Ne deriva che i **programmi di compliance** e quelli **di leniency** sono strettamente **collegati**. Come visto, infatti, un'efficace strategia di *compliance* si articola in un processo finalizzato a prevenire condotte anticompetitive o a riscontrarle quando si verificano. In questo secondo caso, individuata l'infrazione, l'impresa che ne è parte deve porvi fine e può anche denunciarne l'esistenza alle autorità di concorrenza, fornendo loro gli elementi probatori raccolti grazie al processo medesimo. Quanto più la denuncia sarà tempestiva e dettagliata, tanto più l'impresa denunciante potrà puntare all'immunità.

<sup>17</sup> D.L. n. 223/2006 cit.

<sup>18</sup> AGCM, *Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287*, come modificata dalla Delibera n. 24219 del 31 gennaio 2013, in Bollettino n. 11 del 25 marzo 2013, e dalla Delibera n. 24506 del 31 luglio 2013, in Bollettino n. 35 del 9 settembre 2013.

**ALLEGATO 2**

**CASISTICA**

**Indice Allegato 2 - Casistica**

|                                                                                                                                         |      |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|----|
| 1. Premessa .....                                                                                                                       | pag. | 5  |
| 2. Le intese restrittive della concorrenza .....                                                                                        | »    | 5  |
| 2.1 La fissazione dei prezzi .....                                                                                                      | »    | 5  |
| 2.2 La limitazione della produzione .....                                                                                               | »    | 5  |
| 2.3 La compartimentazione dei mercati .....                                                                                             | »    | 6  |
| 2.4 Lo scambio di informazioni .....                                                                                                    | »    | 7  |
| 2.5 Il coordinamento nella partecipazione alle gare pubbliche .....                                                                     | »    | 7  |
| 2.6 Le intese verticali .....                                                                                                           | »    | 10 |
| 2.7 Il regime di esenzione delle intese .....                                                                                           | »    | 10 |
| 3. L'abuso di posizione dominante e di dipendenza economica .....                                                                       | »    | 11 |
| 3.1 La verifica della posizione dominante .....                                                                                         | »    | 11 |
| 3.2 La dominanza collettiva .....                                                                                                       | »    | 13 |
| 3.3 Le pratiche discriminanti a danno di clienti o imprese estranee al gruppo industriale<br>a cui appartiene l'impresa dominante ..... | »    | 13 |
| 3.4 Il rifiuto a contrarre .....                                                                                                        | »    | 14 |
| 3.5 Le pratiche di <i>pricing</i> .....                                                                                                 | »    | 15 |
| 3.6 I rapporti di esclusiva e/o fidelizzanti .....                                                                                      | »    | 16 |
| 3.7 Le pratiche leganti .....                                                                                                           | »    | 16 |
| 3.8 L'abuso di dipendenza economica .....                                                                                               | »    | 16 |
| 4. Le imprese preposte allo svolgimento di servizi di interesse economico generale (SIEG) .....                                         | »    | 18 |
| 5. Le operazioni di concentrazione tra imprese .....                                                                                    | »    | 20 |
| 5.1 L'impresa comune .....                                                                                                              | »    | 20 |
| 5.2 Le misure correttive applicabili alle concentrazioni .....                                                                          | »    | 20 |
| 5.3 Il divieto di realizzazione di un'operazione concentrativa .....                                                                    | »    | 22 |
| 5.4 La violazione del divieto di realizzazione di un'operazione concentrativa e la mancata<br>adozione di misure correttive .....       | »    | 22 |
| 5.5 La mancata ottemperanza all'obbligo di notifica preventiva .....                                                                    | »    | 23 |



|                                                                                                                                   |   |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|----|
| 6. I poteri decisorii dell'AGCM. ....                                                                                             | » | 25 |
| 6.1 Le decisioni con impegni nell'ambito di procedure volte ad accertare fattispecie di intese orizzontali                        | » | 25 |
| 6.2 Le decisioni con impegni nell'ambito di procedure volte ad accertare fattispecie di intese verticali                          | » | 26 |
| 6.3 Le decisioni con impegni nell'ambito di procedure volte ad accertare fattispecie di abuso<br>di posizione dominante . . . . . | » | 28 |
| 6.4 I programmi di clemenza . . . . .                                                                                             | » | 29 |

## 1. Premessa

Nel presente allegato, si propone una rassegna di alcuni casi pratici di decisioni dell'AGCM, con l'obiettivo di rendere maggiormente comprensibile la descrizione delle fattispecie tipiche che compongono il diritto antitrust - di cui all'Allegato I. I procedimenti riportati riguardano casi nei quali l'accertamento dell'illecito è stato definitivamente concluso con sentenza passata in giudicato.

## 2. Le intese restrittive della concorrenza

### 2.1 LA FISSAZIONE DEI PREZZI

Nel caso **I685 – Costa Container Lines/Sintermar-Terminal Darsena Toscana** (2009), l'AGCM ha accertato un'intesa tra due società attive nei servizi di movimentazione di *container* nel porto di Livorno avente ad oggetto il coordinamento dei propri comportamenti in relazione ai prezzi. In particolare, l'intesa è stata attuata mediante un accordo volto ad interrompere le trattative contrattuali con un cliente ritirando tutte le offerte precedenti. L'obiettivo del coordinamento, pertanto, era di riportare il prezzo su un livello significativamente più alto di quello che il cliente stava riuscendo ad ottenere nel corso delle trattative con ciascuna delle parti dell'intesa nonchè evitare riduzioni dei prezzi nei rapporti con altri clienti.

Nel caso **I694 – Listino prezzi della pasta** (2009), l'AGCM ha accertato un'intesa tra alcune imprese produttrici di pasta basata *“su contatti diretti e uno scambio di informazioni sulle rispettive politiche commerciali, con l'evidente fine di determinare una linea d'azione comune e di eliminare le incertezze sul reciproco comportamento di prezzo da praticare alla distribuzione”*. In particolare, l'intesa ha avuto come oggetto ed effetto *“aumenti concertati del prezzo di cessione della pasta secca di semola”*.

Nel caso **I695 – Listino prezzi del pane** (2008), l'AGCM ha accertato un'intesa, nella forma della deliberazione di associazione d'impresa posta in essere dall'Unione panificatori di Roma e Provincia, avente ad oggetto *“la divulgazione [...] di indicazioni sui prezzi di vendita minimi del pane, al pubblico e all'ingrosso, nell'ambito della provincia di Roma”*.

Nel caso **I623 – Prezzi del latte per l'infanzia** (2005), l'AGCM ha accertato un'intesa, nella forma della pratica concordata, tra le maggiori società operanti nel settore della produzione del latte per l'infanzia avente per oggetto e per effetto il coordinamento delle rispettive politiche di prezzo, attraverso comportamenti paralleli nella determinazione dei prezzi del latte di partenza e del latte di proseguimento, con la conseguente fissazione di livelli di prezzo assai elevati e di gran lunga superiori rispetto a quelli praticati per tali prodotti (o comunque per prodotti fungibili) in altri Paesi europei.

### 2.2 LA LIMITAZIONE DELLA PRODUZIONE

Nel caso **I649 – Produttori di pannelli truciolari in legno** (2007), l'AGCM ha accertato un'intesa tra alcune società attive nella produzione e commercializzazione di pannelli truciolari volta a *“mantenere artificialmente l'equilibrio di mercato preesistente”*. In particolare, l'Autorità ha rilevato che proprio il contingentamento della produzione, basato *“sulla programmazione periodica delle fermate, sul calcolo dei bonus, sulla valorizzazione delle fermate tecniche e accidentali e, in definitiva, anche sulle forniture incrociate di prodotto”*, rappresentasse *“il tassello principale”* sul quale si incardinava l'intero sistema concertativo.

Nel caso **I318 – Consorzio industrie fiammiferi** (2000), l'AGCM ha accertato un'intesa tra il Consorzio industrie fiammiferi e alcune imprese consorziate volta *“a definire le modalità e i meccanismi di ripartizione [...] della produzione di fiammiferi destinati a essere commercializzati dallo stesso Consorzio”*. Inoltre, l'Autorità ha ritenuto che il Consorzio avesse posto in essere con una delle imprese consorziate *“un accordo volto alla ripartizione della produzione di fiammiferi e alla distribuzione in comune degli stessi”*. Con particolare riguardo alla limitazione della produzione, l'AGCM ha individuato come modalità attuative del meccanismo una serie di condotte quali: il rispetto della quota storica calcolata sulla base delle vendite presumibilmente effettuate dal Consorzio; le cessioni di produzioni fra imprese consorziate; gli scambi di produzione fra imprese consorziate; la riduzione della produzione delle imprese consorziate per consentire la commercializzazione dei fiammiferi prodotti da un'impresa estera concorrente. L'Autorità, pertanto, ha ritenuto che questa strategia appariva *“volta a cristallizzare le posizioni di mercato delle varie imprese e dunque ad eliminare qualsiasi confronto concorrenziale fra di esse”*.

Nel caso **I364 – Consorzio qualità veneta asfalti** (1999), l'AGCM ha ritenuto che l'intesa fosse stata attuata, oltre che con la fissazione di prezzi minimi, con un meccanismo di fissazione delle quote di produzione in virtù del quale *“a ciascuna delle imprese partecipanti all'intesa corrispondeva un quantitativo di produzione prefissato in quota percentuale”*. Nel caso di specie, poi, l'Autorità ha rilevato che *“il meccanismo di ripartizione della produzione è stato attuato sia mediante interventi preventivi con i quali si procedeva alla riequilibratura delle quote di produzione assegnate ripartendo le forniture tra le imprese consorziate, sia con interventi correttivi successivi quando, alla fine di ogni trimestre, si procedeva al conteggio della somma dovuta da ciascuna impresa al fondo consortile per il mancato rispetto delle quote e, a fine anno, le imprese in sovrapproduzione versavano i contributi di mutuo soccorso alle imprese in sottoproduzione”*.

### 2.3 LA COMPARTIMENTAZIONE DEI MERCATI

Nel caso **I646 – Produttori di vernici marine** (2007), l'AGCM ha accertato un'intesa tra alcune società attive nella produzione e commercializzazione di vernici *“avente per oggetto e per effetto la ripartizione della clientela”*. In particolare, la compartimentazione del mercato è stata realizzata *“individuando una comune regola ripartitoria fondata sul rispetto del cliente storico secondo cui ciascun produttore di vernici avrebbe dovuto rifornire il proprio cliente di pertinenza senza subire alcuna pressione concorrenziale da parte delle altre società partecipanti all'accordo”*. L'Autorità, inoltre, ha rilevato la presenza di strumenti di verifica delle deviazioni dall'accordo e, nei casi in cui le parti non avevano rispettato il principio ripartitorio del cliente storico, di meccanismi c.d. di compensazione che consistevano nella cessione ai concorrenti, nel periodo successivo a quello della deviazione, di commesse di propria pertinenza.

Nel caso **I641 – Rifornimenti aeroportuali** (2006), l'AGCM ha accertato la sussistenza di un'intesa tra alcune società petrolifere che forniscono carburante per aviazione, anche per il tramite di società comuni che svolgono attività di stoccaggio e messa a bordo di *jet fuel*, avente per oggetto e per effetto *“la ripartizione del mercato della fornitura di jet fuel e l'impedimento all'ingresso di nuovi operatori, nonché un intenso e continuato scambio di informazioni idonee al raggiungimento di tali obiettivi”*.

Nel caso **I559 – Mercato del calcestruzzo** (2004), l'AGCM ha accertato un'intesa tra alcune società attive nella produzione e vendita del calcestruzzo volta alla *“ripartizione delle forniture sulla base di carature concordate e all'aumento dei prezzi di listino”*. Lo stesso oggetto dell'intesa, infatti, era costituito dalla ripartizione del mercato geografico rilevante *“con l'obiettivo di raggiungere superiori margini di redditività del calcestruzzo attraverso l'incremento dei prezzi di listino”*.

## 2.4 LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI

Nel caso **1722 – Logistica internazionale** (2011), l'AGCM ha accertato un'intesa tra società attive nel settore delle spedizioni avente ad oggetto aumenti concertati del prezzo delle spedizioni internazionali di merci via terra. In particolare, l'Autorità ha ritenuto che *“è sufficiente che i concorrenti si scambino informazioni in merito alle proprie future strategie commerciali perché i comportamenti di ciascuno di essi tengano necessariamente conto delle indicazioni ricevute. In sostanza, una volta avvenuta una concertazione di prezzo, anche eventuali comportamenti che si discostino da quanto prefissato sono condizionati da quanto appreso nel corso della concertazione e non sono indicativi di un comportamento veramente indipendente, basato su meccanismi puramente competitivi [...]”*.

Nel caso **1701 – Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici** (2010), l'AGCM ha accertato un'intesa tra società attive, tra l'altro, nella produzione e vendita di prodotti cosmetici avente ad oggetto lo scambio di informazioni sugli aumenti programmati dei prezzi di listino dei prodotti cosmetici e sulle condizioni della negoziazione con gli operatori della grande distribuzione organizzata. In particolare, l'Autorità ha rilevato che tale scambio di informazioni era avvenuto soprattutto nel corso delle riunioni del *“Gruppo chimico”* dell'Associazione Centromarca, durante le quali quest'ultima aveva fornito alle società partecipanti i risultati di alcuni studi, c.d. *“osservatori”*, pubblicati sulla base dei dati forniti dagli altri associati e concentrati sull'analisi dei rapporti intercorrenti tra i produttori e i distributori della grande distribuzione organizzata. L'AGCM, inoltre, ha precisato che le informazioni circolate presentavano carattere sensibile *“giacché idonee a svelare dati inerenti le strategie commerciali future (aumenti di listino e condizioni di negoziazione con i distributori) delle aziende partecipanti e, per tale via, ad eliminare le incertezze sul comportamento degli operatori economici. La sensibilità delle informazioni scambiate va ricondotta direttamente alla circostanza che, come si è visto, l'aumento medio di tutte le referenze contenute nel listino prezzi costituisce uno dei parametri fondamentali della negoziazione annuale tra ciascun produttore di cosmetici e i propri distributori dal momento che i distributori acquistano tutto il paniere dei beni forniti dai produttori di cosmetici”*.

## 2.5 IL COORDINAMENTO NELLA PARTECIPAZIONE ALLE GARE PUBBLICHE

Il coordinamento nella partecipazione alle gare può assumere diverse modalità, alcune esemplificate dall'Autorità nel *Vademecum* citato e delle quali di seguito si forniscono esempi riconducibili a casi oggetto di analisi da parte dell'AGCM.

### BOICOTTAGGIO DELLA GARA:

si caratterizza nella mancata presentazione di offerte da parte di una o più imprese al fine di prolungare il contratto con il fornitore abituale o di far ripartire *pro quota* il lavoro o la fornitura tra tutte le imprese interessate al contratto. Le principali manifestazioni di questa pratica possono essere: (i) l'astensione concertata dalla gara; (ii) la presentazione di un'unica offerta o di un numero di offerte comunque insufficiente per procedere all'assegnazione dell'appalto (quando la stazione appaltante stabilisce un numero minimo per la regolarità della gara); e (iii) la presentazione di offerte tutte caratterizzate dal medesimo importo (soprattutto quando le procedure di gara fissate dalla stazione appaltante prevedono in queste circostanze l'annullamento della gara o la ripartizione dell'appalto *pro quota*).

Nel caso **1731 – Gare assicurative ASL e aziende ospedaliere campane** (2011), l'AGCM ha accertato un'intesa tra compagnie assicurative attuata mediante *“la ripartizione delle quote di partecipazione in gara o successiva-*

*mente alla stessa (coassicurazione prima o dopo l'aggiudicazione), lo scambio di lotti e/o di affidamenti in diversi enti banditori, la disdetta e successivo subentro con l'obiettivo di evitare il confronto competitivo e di mantenere nel tempo una certa stabilità dei servizi erogati". L'Autorità ha poi precisato che "Tale partecipazione coordinata [alle gare] si è palesata [...] oltre che attraverso il ricorso all'istituto della coassicurazione [...], anche attraverso altri comportamenti tipici della ripartizione dei mercati, quali lo scambio di quote o lotti e la mancata partecipazione in concorrenza su determinate gare".*

Nel caso **I461 – Test diagnostici per diabete** (2003), l'AGCM ha accertato un'intesa tra imprese attive nel settore dei prodotti diagnostici. In particolare, le parti hanno definito, in sede associativa, una strategia volta ad eliminare ogni possibile confronto concorrenziale sul prezzo di vendita dei test diagnostici per diabetici *"attraverso l'offerta di prezzi di cessione analoghi o superiori a quelli applicati nella distribuzione indiretta, ovvero un vero e proprio boicottaggio delle procedure di gare"*.

#### **OFFERTE DI COMODO:**

sono le offerte presentate dalle imprese non aggiudicatrici, che si caratterizzano per importi palesemente troppo elevati o comunque superiori a quanto gli stessi soggetti hanno offerto in analoghe procedure di appalto, presentate al fine di conferire un'apparente regolarità concorrenziale alla gara.

Nel caso **I148 – Istituti Vigilanza Sardegna** (1996), l'AGCM ha accertato un'intesa tra imprese attive nel settore della vigilanza privata nel comune di Cagliari. In particolare, dopo aver ritenuto che un primo indice di un possibile coordinamento fosse la *"stabilità, nel corso del tempo, della composizione della clientela costituita da enti pubblici, nonché delle commesse dell'ENEL relative agli immobili ubicati nelle diverse aree della provincia di Cagliari, di ciascun istituto"*, l'Autorità ha proceduto a verificare le condotte tenute da ciascuna impresa nelle gare oggetto di istruttoria. Pertanto, ha riscontrato, in termini generali, che *"le offerte presentate da ciascuna delle imprese denunciate sono sempre state tali da non sottrarre la tradizionale clientela alle altre due"* e, più nel dettaglio, che *"in molte gare l'impresa che aveva in precedenza svolto il servizio per l'ente appaltante ha presentato l'offerta a un livello superiore alle offerte presentate dalle altre imprese in altre gare nello stesso periodo per importi analoghi, cioè a un livello tale da far prefigurare, in mancanza di un'intesa, la mancata aggiudicazione. Nonostante ciò, l'impresa interessata a mantenere il servizio presso l'ente ha sempre conseguito l'aggiudicazione"*. Da ultimo, chiarendo come il meccanismo delle offerte di comodo aveva operato, l'AGCM ha concluso che, nelle gare alle quali non vi era partecipazione di nuove imprese, le due imprese maggiori sul mercato *"hanno continuato a praticare prezzi di offerta crescenti nel tempo. Ciò indica che ciascuno di tali istituti ha potuto escludere che gli altri avrebbero presentato offerte corrispondenti a un'effettiva logica concorrenziale. In altri termini, nelle gare alle quali hanno partecipato solo gli istituti maggiori, ciascuno di essi ha incrementato i propri prezzi di offerta, dimostrando di non ritenere realistico che i concorrenti potessero diminuire i propri al fine di riconquistare le quote di mercato perdute"*.

#### **SUBAPPALTI O ATI:**

Nel caso **I740 – Comune di Casalmaggiore-Gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas** (2012), l'AGCM ha accertato un'intesa tra imprese attive nella vendita e distribuzione del gas, ritenendo che l'utilizzo dell'ATI presentasse *"le caratteristiche di un accordo tra concorrenti finalizzato alla ripartizione tra di essi delle concessioni messe a gare secondo uno schema riprodotto la ripartizione delle concessioni esistente nell'assetto pre-gara"*. L'Autorità, pertanto, ha individuato l'illiceità della condotta nella circostanza per cui *"le Parti, che presentavano i requisiti per partecipare autonomamente, abbiano inteso spartirsi le concessioni"*.

*messe a gara senza alcuna ragione di efficienza o razionalizzazione del servizio reso che giustifichi il ricorso ad un raggruppamento di imprese ed al minimo costo possibile per le società”.*

Nel caso **1657 – Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel Comune di Roma** (2007), l'AGCM ha accertato un'intesa tra società attive nella fornitura di autoservizi di trasporto pubblico locale realizzata mediante un utilizzo collusivo delle ATI. In particolare, l'Autorità ha ritenuto che *“dalle risultanze istruttorie sono emerse evidenze significative in merito ad accordi orizzontali fra importanti operatori di TPL che hanno portato alla costituzione di macro aggregazioni a valenza nazionale, orientate alla partecipazione coordinata alle procedure di gara di cui si attendeva a breve il bando, con esplicita finalità di limitare la concorrenza tra le Parti e proteggere il bacino storico di riferimento dell'operatore incumbent in una data area territoriale. In quest'ottica rileva la costituzione di ATI, formatesi a supporto dell'operatore incumbent, assolutamente non proporzionate ai requisiti richiesti dai bandi che, alla luce delle affermazioni contenute negli accordi contestati, si connotano per la valenza anticoncorrenziale più che per la finalità sinergica volta al miglioramento dell'offerta”.*

#### **ROTAZIONE DELLE OFFERTE E RIPARTIZIONE DEL MERCATO:**

attraverso la rotazione concertata delle offerte, l'operatore pre-determinato presenta sempre l'offerta più vantaggiosa per ogni lotto messo all'asta sulla base di un meccanismo sistematico o a rotazione concordato tra i partecipanti. In questo modo, i partecipanti si mettono d'accordo per eliminare la concorrenza tra loro in relazione a lotti relativi a determinate aree geografiche o a determinati clienti, per consentire l'aggiudicazione dei medesimi lotti agli operatori *“storici”*, mantenendo lo *status quo*.

Nel caso **1639 – Prodotti disinfettanti** (2006), l'AGCM ha accertato un'intesa tra varie società operanti nel settore dei prodotti antisettici e disinfettanti volta a ripartire il mercato italiano della fornitura di detti prodotti. In particolare, l'Autorità ha rilevato che ai fini della realizzazione dell'intesa le parti si sono avvalse *“dell'attività denominata “monitoraggio del mercato” svolta da Pan Service, società che prestava vari tipi di servizi alle imprese operanti nel settore delle forniture a strutture sanitarie”*, grazie alla quale hanno predisposto tabulati spartitori e prospetti contenenti l'indicazione dei prezzi minimi e di forcelle di prezzi massimi. Mediante questo sistema, pertanto, le imprese hanno proceduto ad una ripartizione del mercato - basata sul tendenziale mantenimento della clientela servita in passato, nonché sulla ripartizione della nuova clientela in base ad un criterio di proporzionalità rispetto alle posizioni di mercato conseguite - e ad una fissazione dei prezzi.

Nel caso **1474 – Aziende di trasporto pubblico locale-Petrolieri** (2003), l'AGCM ha accertato un'intesa tra alcune società attive nel commercio di prodotti petroliferi volta a ripartire le forniture ad aziende del trasporto pubblico locale e implementata *“mediante un complesso sistema di turnazione e di raggruppamento societario [...]”*. In particolare, l'Autorità ha ritenuto che *“Tali pratiche sono consistite nell'organizzazione di un sistema di turnazione nelle forniture di gasolio autotrazione relative alle gare mensili per le forniture dell'anno 1999 e, successivamente alle modifiche apportate alle condizioni di gara per l'anno 2000 dall'ente appaltante, nel mantenere la ripartizione storica delle forniture tra tutte le imprese qualificate anche attraverso il ricorso strumentale al raggruppamento di imprese in ATI”*. Infine, con specifico riguardo alla turnazione delle offerte, l'AGCM ha precisato che *“l'eventualità che la turnazione sia un esito “spontaneo” del mercato è un caso estremo, circoscritto dalla teoria economica alle ipotesi in cui le imprese presentino vincoli di capacità o si sia in presenza di diseconomie di scala”*.

Nel caso **1463 – Pellegrini/Consip** (2002), l'AGCM ha accertato un'intesa tra imprese attive nel settore della ristorazione in sede di partecipazione ad una gara bandita dalla Consip per l'acquisizione dei servizi sostitutivi di mensa mediante buoni pasto per i dipendenti delle amministrazioni pubbliche. In particolare, l'Autorità ha stabilito che l'intesa è stata realizzata *“determinando congiuntamente un prezzo del servizio superiore a quello che*

*sarebbe prevalso in assenza di concertazione ed assicurando a ciascuna impresa l'aggiudicazione di almeno uno dei lotti o una sua parte, garantendo la stabilità delle loro quote, rispetto a quelle detenute in precedenza". Tra le modalità con cui la concertazione è stata posta in essere, l'AGCM ha contestato la determinazione congiunta delle modalità di partecipazione alla gara e, segnatamente, "l'individuazione concertata tra tutte le partecipanti all'intesa della composizione delle varie ATI, nonché delle imprese destinate a presentarsi singolarmente, la fissazione congiunta dei livelli di sconto nella presentazione delle singole offerte e la ripartizione dei lotti".*

## 2.6 LE INTESE VERTICALI

Nel caso **I212 – Contratti di distribuzione esclusiva gelati** (1996), l'AGCM ha accertato un'intesa tra Unilever e una pluralità di esercizi commerciali consistente nella stipula di contratti contenenti clausole di esclusive che *"pongono a carico del rivenditore l'obbligo di acquistare tutto il proprio fabbisogno di gelati unicamente presso l'impresa preponente ed escludono, nel contempo, che lo stesso possa commercializzare presso il proprio punto vendita prodotti concorrenti"*. L'Autorità, in particolare, ha ritenuto che in questo modo le parti *"hanno indotto una grave alterazione delle dinamiche competitive"* determinando un *"innalzamento delle barriere all'ingresso nel mercato"*.

## 2.7 IL REGIME DI ESENZIONE DELLE INTESE

Nel caso **I569 – Consorzio Grana Padano** (2004), l'intesa comunicata aveva ad oggetto l'accordo interassociativo concernente il riposizionamento della DOP Grana padano sul mercato della produzione e commercializzazione di formaggio duro tipo grana attraverso due strumenti principali: l'innalzamento degli *standard* qualitativi della produzione e l'effettuazione di maggiori investimenti pubblicitari da finanziare attraverso un meccanismo di contribuzione aggiuntiva su base progressiva.

L'AGCM ha ritenuto che l'accordo soddisfacesse le quattro condizioni richieste per la concessione dell'autorizzazione in deroga e, in particolare: un miglioramento delle condizioni dell'offerta a fronte del riposizionamento del prodotto sul mercato in termini qualitativi, di più corretta percezione del valore dello stesso da parte dei consumatori e di maggiori vendite anche in presenza di un incremento del prezzo; la necessità delle restrizioni in assenza delle quali sarebbe mancato il consenso dei consorziati sull'intero progetto di riposizionamento, comprensivo delle modifiche qualitative e dell'applicazione del meccanismo di contribuzione aggiuntiva; la non eliminazione della concorrenza dal mercato, interessato per meno del cinquanta per cento, in ragione della permanenza della possibilità di esperire una certa concorrenza *intra-brand* e del possibile incremento della concorrenza *inter-brand*.

Nel caso **I531 – Federazione Italiana Editori Giornali/Associazione Nazionale Distributori Stampa** (2004), l'intesa comunicata aveva ad oggetto la stipula di una Convenzione e di una serie di accordi tra la Federazione Italiana Editori Giornali e l'Associazione Nazionale Distributori Stampa, volti alla definizione di un sistema di compenso delle imprese di distribuzione locale per le copie rese e alla costituzione di sistemi di raccolta dei dati del settore, finalizzati anche all'applicazione di tale sistema di compenso.

L'AGCM, a seguito di alcune modifiche apportate dalle parti al contenuto degli accordi, ha ritenuto che l'intesa soddisfacesse le quattro condizioni richieste per la concessione dell'autorizzazione in deroga e, in particolare: un miglioramento dell'offerta mediante una più efficiente allocazione dei prodotti editoriali fra i diversi punti vendita; un trasferimento dei benefici ai consumatori mediante un allargamento delle quantità offerte; la necessità della restrizione dal momento che il modello di calcolo si basava sulla raccolta di dati e su un'elaborazione difficilmente realizzabile dalle singole imprese; la non eliminazione della concorrenza poiché il compenso concordato riguardava solo il due per cento del compenso complessivo dei distributori locali.

Nel caso **I469 – Unione petrolifera/Piano di razionalizzazione della rete carburanti** (2001), l'intesa comunicata consisteva in un piano di ristrutturazione delle reti di distribuzione carburanti avente ad oggetto: la chiusura concordata da parte di alcune imprese petrolifere di circa tremila impianti, di cui duemila di proprietà; la costituzione di un fondo di incentivazione allo smantellamento ed alla bonifica dei siti degli impianti chiusi; lo scambio di informazioni sul numero di impianti progressivamente chiusi in applicazione del piano; la messa in vendita a terzi, estranei all'intesa, tramite procedure ad evidenza pubblica gestite da un *auditor* esterno, di un numero di impianti di proprietà oscillanti tra un minimo di duecentodieci e un massimo di duecentocinquanta.

L'AGCM ha ritenuto soddisfatte le quattro condizioni richieste per la concessione dell'autorizzazione in deroga e, in particolare: i miglioramenti delle condizioni di offerta grazie all'entrata di concorrenti potenziali e ai possibili investimenti aggiuntivi a seguito della chiusura dei punti vendita marginali e obsoleti; i sostanziali benefici per i consumatori in termini di riduzione dei costi; l'assenza di restrizioni non strettamente necessarie e quindi la proporzionalità delle misure previste nell'intesa; la non eliminazione della concorrenza da una parte sostanziale del mercato ma al contrario un miglioramento delle condizioni di concorrenza nello stesso.

### 3. L'abuso di posizione dominante e di dipendenza economica

#### 3.1 LA VERIFICA DELLA POSIZIONE DOMINANTE

Nel caso **A437 – Esselunga/Coop Estense** (2012), l'AGCM ha accertato un abuso di posizione dominante da parte di Coop Estense nel mercato dei supermercati e ipermercati nella Provincia di Modena.

L'Autorità ha rilevato la dominanza *“sulla base di una serie di fattori strutturali, tra cui le quote di mercato, in livello assoluto e relativamente ai propri concorrenti, la presenza di barriere amministrative all'ingresso, la reputazione e la presenza storica nel territorio della stessa Coop, e nonché di elementi comportamentali che concorrono a creare barriere strategiche all'ingresso”*.

Con riguardo alle quote di mercato, l'Autorità, in primo luogo, ha rilevato che esse si sono mantenute, a livello provinciale, ad un livello significativo, e, in secondo luogo, che la posizione di Coop oltre ad accrescersi nel tempo si è mantenuta nel medesimo arco temporale superiore di quattro – cinque volte quella del diretto concorrente nel mercato degli ipermercati e superiore a circa due volte nel mercato dei supermercati.

Le barriere all'ingresso, invece, sono state individuate nella scarsità di aree destinabili ad attività commerciali, nei tempi lunghi (spesso pluriennali) per il rilascio delle relative autorizzazioni così come nei vincoli connessi alle aperture per accorpamento di licenze esistenti.

In questo caso, inoltre, l'AGCM ha ritenuto che la dominanza dell'impresa derivasse anche dal forte radicamento nel territorio provinciale, con una presenza pluriennale, nonché dalla forza e dalla reputazione del marchio.

Nel caso **A422 – Sky Italia/Auditel** (2011), l'AGCM ha accertato un abuso di posizione dominante da parte della società Auditel nel mercato della rilevazione degli ascolti televisivi in Italia.

L'Autorità ha precisato, richiamando la propria indagine conoscitiva IC23 sul settore televisivo, che la società Auditel detiene sul mercato rilevante una posizione dominante in quanto gode di un sostanziale monopolio su di esso. Infatti, dal momento che l'esistenza di dati univoci e condivisi da tutti gli operatori rappresenta un requisito imprescindibile affinché essi possano essere utilizzati dalle imprese attive nel mercato della raccolta pubblicitaria sul mezzo televisivo, nel mercato della *pay tv* e nel mercato dell'offerta all'ingrosso di canali televisivi, la struttura di tale mercato è generalmente caratterizzata da un equilibrio monopolistico. In particolare, in Italia, la necessità di pervenire ad un dato univoco, condiviso da tutti gli operatori, ha determinato la costituzione e l'operatività di Auditel, la quale è stata riconosciuta dagli operatori del settore come soggetto unico cui è deputata la rilevazione e diffusione di dati di *audience* attendibili e condivisi.

Nel caso **A383 – Mercato del Cartongesso** (2010), l'AGCM ha accertato un abuso di posizione dominante da parte di Saint Gobain nel mercato del cartongesso nell'Italia centro – settentrionale e nel sud della Francia.

L'Autorità, dopo aver chiarito che la *“dominanza di un'impresa è strettamente connessa al suo grado di potere di mercato, al modo in cui il più generale contesto di mercato influenza il suo comportamento e quindi, in definitiva, ai vincoli e ai condizionamenti di natura concorrenziale cui è sottoposta, ossia la pressione concorrenziale che le viene esercitata e con la quale deve confrontarsi”*, ha desunto la dominanza dalla combinazione di diversi elementi, i quali separatamente considerati non sono necessariamente determinanti.

Innanzitutto, l'AGCM ha valutato la posizione di mercato dell'impresa interessata, precisando, da un lato, che *“una quota superiore al 40% è già di per sé un elemento tale per cui l'esistenza di una posizione dominante non può essere esclusa”* e, dall'altro, che *“quanto più è elevata la quota di mercato dell'impresa interessata e quanto più è esteso il lasso temporale in cui essa è detenuta, tanto maggiore è la probabilità che tale circostanza costituisca un'importante indicazione della sussistenza, in capo a tale impresa, di una posizione di dominanza nel mercato in esame”*. Di conseguenza, ha affermato che *“una quota superiore al 50% del mercato in valore costituisce, già di per sé stessa, prova dell'esistenza di una posizione dominante”*.

Ciò premesso, l'Autorità ha precisato che oltre alla quota di mercato possono essere valutati altri indici di dominio ovvero quelli relativi alla struttura del mercato e/o alle caratteristiche specifiche dell'operatore.

Da ultimo, l'AGCM ha verificato l'esistenza di barriere all'entrata nel mercato rilevante che nel caso di specie sono state ritenute esistenti e, in particolare, riconducibili a: la limitata disponibilità quali-quantitativa di minerale gessoso; l'importanza dell'accesso preferenziale alla materia prima gesso (attraverso cave di proprietà situate nelle vicinanze delle strutture produttive); il controllo esercitato dagli operatori già attivi sulle fonti di approvvigionamento del gesso; gli elevati costi fissi legati a investimenti irrecuperabili (*in primis* per l'approntamento e la gestione delle cave e per la realizzazione e la gestione degli impianti produttivi); la specializzazione produttiva richiesta, legata in particolare al *know how* e alle capacità tecniche e tecnologiche necessari per un'efficace presenza nel mercato; le barriere di tipo legale e amministrativo per lo sfruttamento dei giacimenti e la costruzione degli stabilimenti produttivi (autorizzazioni, permessi e vincoli di natura normativa, paesaggistica, ambientale, ecc).

Nel caso **A303 – Aviapartner/Società Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna** (2003), l'AGCM ha accertato un abuso di posizione dominante da parte della società Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna nel mercato della gestione e messa a disposizione delle infrastrutture e dei servizi aeroportuali a terra, c.d. di *handling*, nell'aeroporto di Bologna.

Nel caso di specie, l'Autorità ha rilevato che l'impresa interessata era concessionaria esclusiva della gestione dell'aeroporto di Bologna. Deteneva, quindi, un monopolio legale *“e per ciò stesso una posizione dominante nella gestione e messa a disposizione delle infrastrutture aeroportuali dello scalo di Bologna”*. Con riferimento alla dominanza nel mercato della prestazione dei servizi di assistenza a terra, invece, l'AGCM ha rilevato che indipendentemente dalla quota di mercato detenuta, che comunque era superiore al 50%, *“l'esercizio delle attività di assistenza a terra presuppone necessariamente l'utilizzazione delle infrastrutture aeroportuali, che devono essere assegnate dal gestore”*. Di conseguenza, l'impresa interessata, in quanto gestore delle infrastrutture aeroportuali nello scalo di Bologna, era in grado di tenere comportamenti indipendenti dagli altri operatori di concorrenti e dagli utenti e di condizionare le dinamiche del mercato dei servizi di *handling*.

### 3.2 LA DOMINANZA COLLETTIVA

Nella casistica nazionale non vi sono precedenti di accertamento di abuso di dominanza collettiva. Tuttavia, nel caso **A357 – Tele2/Tim-Vodafone-Wind** (2007), l'AGCM, in sede di avvio del procedimento, aveva ipotizzato l'esistenza di una posizione di dominanza collettiva in capo a Tim, Wind e Vodafone nel mercato dei servizi all'ingrosso di accesso alle infrastrutture di rete mobile.

In particolare, l'Autorità aveva supposto la dominanza collettiva in virtù della presenza delle condizioni cumulativamente richieste dalla giurisprudenza comunitaria perché detta fattispecie si configuri quali: *“i) l'esistenza di un incentivo e la sussistenza della capacità delle imprese appartenenti all'oligopolio di coordinarsi; ii) la capacità, da parte delle stesse imprese, di individuare eventuali comportamenti devianti e di attuare, in tale caso, efficaci strategie di punizione; iii) l'assenza di vincoli di mercato, nel senso di mancanza di potere da parte dei concorrenti e dei consumatori di reagire agli effetti negativi del coordinamento”*.

Nonostante l'iniziale prospettazione di una dominanza collettiva, il caso si è concluso con l'imputazione a ciascuna delle parti, distintamente considerate, di condotte qualificabili come abuso di posizione dominante.

### 3.3 LE PRATICHE DISCRIMINANTI A DANNO DI CLIENTI O IMPRESE ESTRANEE AL GRUPPO INDUSTRIALE A CUI APPARTIENE L'IMPRESA DOMINANTE

Nel caso **A376 – Aeroporti di Roma/Tariffe aeroportuali** (2008), l'AGCM ha accertato un abuso di posizione dominante posto in essere dalla società Aeroporti di Roma - concessionaria esclusiva della gestione unitaria degli aeroporti di Roma - Fiumicino e Roma - Ciampino fino al 2044 - nel mercato dell'*handling cargo* (attività di assistenza a terra agli aeromobili, ai passeggeri ed alle merci resa in ambito aeroportuale). In particolare, l'Autorità ha individuato la condotta abusiva nella *“applicazione di corrispettivi non equi ed eccessivamente onerosi”* per il servizio di rifornimento carburante, la sub - concessione di spazi ad uso ufficio e la tariffazione per l'accesso alla *cargo city* di Fiumicino.

Analogamente, nel caso **A377 – Sea/Tariffe aeroportuali** (2008), l'AGCM ha accertato un abuso di posizione dominante posto in essere dalla società SEA - concessionaria in esclusiva della gestione degli aeroporti di

Malpensa e Linate fino al 2041 - nel mercato della messa a disposizione di beni ad uso comune ed esclusivo per lo svolgimento delle attività di fornitura carburante, assistenza *catering* e *handling cargo*. In particolare, l'Autorità ha individuato la condotta abusiva "*nella applicazione di corrispettivi non equi ed eccessivamente onerosi*" per l'accesso alle infrastrutture centralizzate, per la messa a disposizione dei beni ad uso comune ed esclusivo per lo svolgimento dell'attività di fornitura carburante per le attività di *catering* ed *handling*.

Nel caso **A365 – Posta Elettronica Ibrida** (2006), l'AGCM ha accertato un abuso di posizione dominante posto in essere da Poste Italiane S.p.A. - titolare del diritto esclusivo di recapitare gli invii di corrispondenza realizzati attraverso mezzi telematici sull'intero territorio nazionale - nei mercati dei servizi di posta elettronica ibrida e del recapito della medesima tipologia di corrispondenza. In particolare, l'Autorità ha individuato la condotta abusiva "*nell'applicazione di condizioni di accesso alla rete di recapito ingiustificate e discriminatorie [...], nell'applicazione di un regime tariffario discriminatorio nei riguardi di alcuni importanti clienti, nell'adozione di alleanze e contratti di esclusiva con imprese concorrenti attuali e potenziali, nonché nel conferimento di ingenti vantaggi economici, informativi e finanziari alla controllata Postel S.p.A.*".

Nel caso **A351 – Comportamenti abusivi di Telecom Italia** (2004), l'AGCM ha accertato un abuso di posizione dominante da parte di Telecom Italia - titolare della rete pubblica commutata attraverso la quale fornisce servizi di interconnessione ad altre imprese per la loro operatività sui mercati dei servizi finali - nei mercati dei servizi finali all'utenza aziendale (accesso a *internet*, interconnessione su rete fissa, accesso alla rete locale di telecomunicazioni, fornitura di linee per telecomunicazioni affittate, accesso alla rete telefonica, telefonia vocale, trasmissione dati). In particolare, l'Autorità ha individuato il comportamento abusivo in due distinte condotte: (i) nell'utilizzo di condizioni contrattuali, quali clausole di esclusiva, clausole c.d. inglesi, scontistica con modalità suscettibili di vincolare a sé stessa una parte significativa dell'utenza aziendale, allo scopo dichiarato di rendere più difficoltoso o precludere del tutto la possibilità degli operatori concorrenti di offrire servizi di telecomunicazione su rete fissa, anche solo per una parte del traffico dei clienti in questione; e (ii) nella formulazione di condizioni economiche e tecniche nelle offerte alla clientela non replicabili dai concorrenti, a fronte dei costi e delle condizioni tecniche stabilite in via regolamentare per l'offerta dei servizi intermedi a questi ultimi.

### 3.4 IL RIFIUTO A CONTRARRE

Nel caso **A428 – Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia** (2013), l'AGCM ha accertato un abuso di posizione dominante posto in essere da Telecom Italia, l'operatore *incumbent* nella fornitura dei servizi di accesso e telefonia vocale e di accesso ad internet a banda larga – che dispone anche delle infrastrutture indispensabili all'erogazione dei medesimi servizi. In particolare, Telecom, abusando della propria posizione dominante nel settore delle infrastrutture di rete, ha ostacolato l'espansione dei concorrenti nei mercati a valle dell'accesso alla rete fissa, dei servizi di telefonia vocale e dell'accesso ad internet a banda larga. Più nel dettaglio, tale abuso si è sostanziato con l'adozione di due distinte condotte: l'opposizione ai concorrenti di un numero ingiustificatamente elevato di rifiuti di attivazione dei servizi all'ingrosso e l'applicazione sul mercato a valle di prezzi per il servizio di accesso al dettaglio alla rete fissa alla grande clientela business che, rispetto a quelli applicati a monte per il servizio di *unbundling*, *i.e.* il servizio di accesso al tratto finale di rete verso il cliente, non consentono neppure ad un concorrente altrettanto efficiente di operare in modo redditizio su base duratura nel mercato a valle.

Nel caso **A431 – Ratiopharm/Pfizer** (2012), l'AGCM ha accertato un abuso di posizione dominante posto in essere da Pfizer nel mercato dei preparati per la cura del glaucoma a base di analoghi delle prostaglandine. In par-

icolare, l'Autorità ha individuato una complessa strategia finalizzata ad ostacolare l'ingresso dei genericisti nel mercato della commercializzazione di farmaci a base del principio attivo *latanprost* per la cura del glaucoma implementate mediante diverse condotte: (i) prolungando “*artificiosamente*” – mediante la richiesta di un brevetto divisionale e del relativo certificato di protezione complementare – la protezione brevettuale del farmaco Xalatan; (ii) mantenendo di fatto l'esclusiva nella commercializzazione dello Xalatan anche successivamente al venir meno della copertura brevettuale; (iii) intervenendo presso l'AIFA al fine di impedire il rilascio delle autorizzazioni per l'immissione in commercio ai genericisti; (iv) inviando alle società produttrici dei generici di Xalatan lettere di diffida alla loro commercializzazione prima della scadenza brevettuale del luglio 2011; e (v) instaurando contenziosi civili e amministrativi per scoraggiare o rendere maggiormente onerosa la vendita dei generici a base di *latanprost* (anche attraverso la richiesta di ingenti risarcimenti del danno) ovvero interdirne direttamente la commercializzazione.

Nel caso **A415 – Sapec Agro/Bayer-Helm** (2011), l'AGCM ha accertato un abuso di posizione dominante posto in essere dal gruppo Bayer nel mercato della produzione e fornitura di fungicidi a base di fosetil – alluminio. In particolare, l'Autorità ha individuato la condotta abusiva nel diniego a terzi concorrenti che ne facevano richiesta di accedere alla documentazione scientifica, nella specie a studi di proprietà del gruppo, necessaria per legge all'ottenimento o al rinnovo dell'autorizzazione per commercializzare alcuni prodotti farmaceutici. L'AGCM, inoltre, ha chiarito la natura di *essential facility* della documentazione in questione in ragione degli elementi richiesti dalla giurisprudenza comunitaria per una simile qualificazione ovvero: l'induplicabilità, l'assenza di una alternativa sul mercato, l'immissione di un nuovo prodotto, la mancanza di una giustificazione obiettiva al rifiuto e l'eliminazione della concorrenza a danno del consumatore.

Nel caso **A405 – La Nuova Meccanica navale/Cantieri del Mediterraneo** (2009), l'AGCM ha accertato un abuso di posizione dominante posto in essere dalla società Cantieri del Mediterraneo - unico operatore a disporre, in virtù di una concessione trentennale, dell'unico bacino di grandi dimensioni presente nel porto di Napoli, il bacino n. 3, che può configurarsi come infrastruttura essenziale e non duplicabile in tempi e costi ragionevoli – nel mercato della messa a disposizione dei bacini di carenaggio e degli spazi adiacenti strettamente necessari per le operazioni di riparazione in bacino nel Porto di Napoli. In particolare, l'Autorità ha individuato la condotta abusiva nella “*determinazione di una situazione di carenza di informazioni sulla disponibilità dei bacini relativamente alle prenotazioni anticipate, vale a dire alle prenotazioni che si riferiscono a periodi successivi ai 30 giorni dalla presentazione della domanda*”. Tale condotta ha determinato “*l'impossibilità di verificare la situazione di disponibilità dei bacini in un periodo idoneo ad una programmazione adeguata delle attività, al fine di competere efficacemente nell'acquisizione delle commesse*”.

### 3.5 LE PRATICHE DI PRICING

Nel caso **A267 – Diano/Tourist Ferry Boat-Caronte Shipping-Navigazione Generale Italiana** (2002), l'AGCM ha accertato un abuso posto in essere da un gruppo operante nell'attività di traghettiamento attraverso lo Stretto di Messina nel mercato del servizio di traghettiamento di mezzi gommati attraverso lo Stretto di Messina. In particolare, l'Autorità ha individuato la condotta abusiva nella determinazione di “*una politica tariffaria particolarmente aggressiva, consistente nell'applicazione sulla rotta Reggio Calabria-Messina di tariffe che non sono state sufficienti a coprire i costi incrementali sia di breve che di lungo periodo*”. L'AGCM ha poi rilevato che la politica tariffaria adottata è stata resa sostenibile grazie alla rendita di posizione di cui il gruppo beneficiava su un'altra rotta, non contendibile, dove il margine operativo realizzato risulta assai elevato. Inoltre, l'intento esclu-

dente della complessiva strategia posta in essere dal uppo ha trovato conferma nella sovrapposizione degli orari con quelli del concorrente, nonché nella fissazione, in risposta alle variazioni delle partenze operate da quest'ultimo, di orari tali da sovrapporsi, o anticipare di pochi minuti, quelli del concorrente.

### 3.6 | RAPPORTI DI ESCLUSIVA E/O FIDELIZZANTI

Nel caso **A333 – Enel Trade/Clienti idonei** (2003), l'AGCM ha accertato un abuso di posizione dominante posto in essere da Enel, per il tramite di Enel Energia, nel mercato nazionale della vendita di energia elettrica ai clienti idonei (finali, grossisti e consorzi). L'Autorità ha individuato l'abusività della condotta nella predisposizione e sottoscrizione di un contratto *standard* di fornitura di energia elettrica ai clienti idonei e, in particolare, in alcune clausole recanti “*vincoli di esclusiva, divieti di acquisto da terzi e maggiorazioni di prezzo in caso di ricorso ad altre forme di approvvigionamento, nonché [...] bonus di fine anno ai clienti che rinnovassero il contratto anche per l'anno successivo*”. Per l'AGCM, le disposizioni del contratto standard “*erano idonee a costituire, da un lato, vincoli assoluti alla libertà di scelta dei clienti idonei di rifornirsi proprio da quelle fonti alternative considerate dalla società come maggiormente concorrenziali [...]; dall'altro, “facoltà” di acquisto da specifici canali [...], subordinate all'applicazione di maggiorazioni di prezzo, chiaramente rivolte a clienti idonei energivori o altri clienti di grandi dimensioni (grossisti o consorzi rappresentativi di importanti volumi)*”. L'Autorità, pertanto, ha chiarito che un'impresa dominante commette un abuso non soltanto quando impone un obbligo giuridico al cliente, ma altresì quando fissa delle condizioni di vendita tali da indurre il cliente a rifornirsi esclusivamente o prevalentemente presso di essa, indipendentemente dai mezzi che utilizza per raggiungere detto risultato.

### 3.7 LE PRATICHE LEGANTI

Nel caso **A129 – Denunce Infocamere/Cerved** (1997), l'AGCM ha accertato un abuso di posizione dominante posto in essere da Infocamere nei mercati della raccolta, dell'archiviazione, della fornitura dell'accesso e della distribuzione delle informazioni camerali, nonché nei mercati delle attività di informazione economico-commerciale che utilizzano i dati camerali rielaborati.

In particolare, l'Autorità, tra le varie condotte, ha ritenuto abusiva l'imposizione di un obbligo contrattuale di acquisto in blocco dell'intera banca dati annuale dei bilanci in formato ottico agli utenti interessati ad acquistare solo uno o più bilanci di imprese, trattandosi di un vincolo che non trovava alcuna giustificazione né di carattere tecnico né economico “*in quanto le moderne tecnologie consentono di estrarre agevolmente e a costi contenuti parti della banca dati ottica*”. Di conseguenza, l'AGCM ha ritenuto che da una simile imposizione derivasse un'in giustificata limitazione all'accesso a questo tipo di informazioni.

### 3.8 L'ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA

La giurisprudenza ha chiarito l'ambito soggettivo di applicazione della norma precisando che essa comprende ogni realtà imprenditoriale in grado di condizionare in maniera incisiva altra impresa.

È stato sottolineato, infatti, che l'art. 9 trova applicazione non soltanto in caso di condotta posta in essere da soggetti legati da rapporto di controllo o collegamento societario ai sensi dell'art. 2359 c.c. ovvero nel caso

di collegamento tra imprese di carattere temporaneo o di rilievo meramente organizzativo, ma anche nel caso in cui l'abuso sia posto in essere da imprese non collegate tra loro da qualsivoglia rapporto giuridicamente rilevante (**Tribunale di Bari**, sentenza dell'11 ottobre 2004).

La giurisprudenza di merito ha dato una lettura ampia dell'art. 9 e vi ha ricompreso anche ipotesi in cui il rapporto contrattuale tra le due imprese fosse solo allo stadio iniziale, per esservi stata una sola fornitura, o anche solo potenziale come nel caso di rifiuto di fornitura (**Tribunale di Catania**, ordinanza del 5 gennaio 2004; **Tribunale di Torre Annunziata**, ordinanza del 30 marzo 2007, che distingue tra “*dipendenza economica originaria*”, *i.e.* indipendente dalla preesistenza di un rapporto contrattuale e che si ricollega alla posizione di monopolista o oligopolista di una delle due parti, e “*dipendenza economica indotta*”, *i.e.* che si verifica in caso di interruzione arbitraria dei rapporti commerciali, nell'imposizione di obblighi di forte investimento o di non concorrenza).

La stessa giurisprudenza ha fornito alcuni elementi da cui poter desumere la situazione di dipendenza economica quali: (i) l'effettuazione da parte del soggetto debole di significativi investimenti specifici non recuperabili (**Tribunale di Torre Annunziata**, ordinanza del 30 marzo 2007); (ii) l'esistenza di vincoli contrattuali particolarmente penalizzanti come l'obbligo di non concorrenza e di esclusiva (**Tribunale di Trieste**, ordinanza del 21 settembre 2006; **Tribunale di Isernia**, ordinanza del 12 aprile 2006); (iii) la lunga durata del rapporto contrattuale (**Tribunale di Bari**, ordinanza del 17 gennaio 2005) e il conseguente legittimo affidamento nella prosecuzione del rapporto con l'impresa in posizione di dominio (**Tribunale di Torre Annunziata**, ordinanza del 30 marzo 2007); e (iv) l'impossibilità di ricorrere ad altre materie prime o ad altri metodi di fabbricazione (**Tribunale di Catania**, ordinanza del 5 gennaio 2004).

La giurisprudenza ha chiarito alcuni comportamenti suscettibili di integrare il divieto: il rifiuto di fornire anche in assenza di preesistenti rapporti contrattuali ove non esistano alternative soddisfacenti sul mercato; le clausole che subordinino l'esecuzione di ulteriori forniture all'accettazione di condizioni diverse (**Tribunale di Catania**, ordinanza del 5 gennaio 2004); le clausole che prevedano il diritto di recesso ad *nutum* e senza un preavviso sufficiente (**Tribunale di Torre Annunziata**, ordinanza del 30 marzo 2007); il rifiuto arbitrario di vendere la merce commissionata (**Tribunale di Bari**, ordinanza del 6 maggio 2002).

Le **Sezioni Unite della Cassazione** (ordinanza n. 24906 del 25 novembre 2011) hanno precisato che l'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge n. 192/1998 configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura, e, pertanto trova applicazione con riferimento a tutti i rapporti verticali tra imprese.

I presupposti applicativi della fattispecie, infatti, sono costituiti dalla situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente e nell'abuso di tale dipendenza che determini un significativo squilibrio di diritti e di obblighi.

## 4. Le imprese preposte allo svolgimento di servizi di interesse economico generale (SIEG)

Nel caso **I222 – Ordine dei medici chirurghi e odontoiatri** (2000), l'AGCM ha accertato un'intesa tra la Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri ed ad alcuni ordini dei medici volte a ostacolare la concorrenza tra medici nei rapporti tra gli stessi e gli enti di assistenza sanitaria integrativa. In particolare, attraverso alcune delibere emanate sia dalla Federazione che dagli ordini, le parti miravano a ridurre la libertà d'azione degli enti di assistenza sanitaria integrativa nella scelta dei medici, impedendo loro di effettuare una selezione qualitativa e quantitativa dei professionisti con i quali stipulare le convenzioni.

Nel corso del procedimento, la Federazione e alcuni ordini invocavano l'applicabilità dell'art. 8, comma 2, in quanto essi sono incaricati *“di una missione di interesse generale quale quella di vigilare sulla legalità dell'esercizio della professione medica in base a canoni, anche deontologici, indicati dalla normativa vigente, concernenti il decoro e l'indipendenza della professione”*.

L'Autorità, al contrario, ha ritenuto che la deroga non potesse trovare applicazione rispetto agli ordini professionali in quanto questi svolgono un'attività che, seppure assistita per alcuni profili da poteri autoritativi, è idonea ad incidere sulla concorrenza. Essi, infatti, disciplinano e tutelano le ragioni economiche degli iscritti, in forza della loro posizione di *“enti esponentziali di imprese, sicché risulta ininfluyente la valutazione di interesse generale del servizio da essi gestito”*.

Nel caso **A56 – Società per azioni esercizi aeroportuali** (1994), l'AGCM ha accertato un abuso di posizione dominante posto in essere da SEA - concessionaria esclusiva per la gestione degli aeroporti di Linate e Malpensa – nel mercato dei servizi di assistenza a terra agli aeromobili, ai passeggeri, ai bagagli ed alle merci (c.d. servizi di *ground handling*).

Nel caso di specie, SEA invocava l'applicazione dell'art. 8, comma 2, sostenendo che l'*handling* costituisce attività inerente l'impresa aeroportuale, che non può essere considerato un mercato a sé ma rientra nell'ambito del diritto esclusivo di gestione degli aeroporti milanesi riconosciuto a SEA e, pertanto, la gestione esclusiva di detta attività non poteva considerarsi abuso di posizione dominante ma soltanto *“esercizio (legittimo) di tale posizione”*.

L'Autorità, al contrario, ha ritenuto che l'art. 8 non potesse trovare applicazione in quanto lo svolgimento in via esclusiva dell'attività di *handling* non era previsto direttamente dalla legge e non era comunque essenziale al perseguimento dello specifico compito alla stessa affidato, ovvero la gestione del sistema aeroportuale. Tanto più che l'applicazione delle regole sulla concorrenza al caso in esame non avrebbe pregiudicato l'adempimento dei compiti specificamente affidati a SEA.

L'AGCM, quindi, ha chiarito che *“un'impresa incaricata per legge di un servizio di interesse economico generale è esentata dal rispetto delle norme nazionali a tutela della concorrenza e del mercato solo qualora il comportamento in corso di valutazione, nella sua specifica manifestazione ed in rapporto alla concreta fattispecie di volta in volta esaminata, risulti l'unico comprovato e possibile mezzo per conseguire le finalità istituzionali dell'ente”*.

Nel caso **SP144 – Azienda energetica Valtellina e Valchiavenna** (2013), l'AGCM ha sanzionato l'Azienda Energetica Valtellina e Valchiavenna – azienda che svolge il servizio di distribuzione del gas naturale nel Comune di Sondrio, il servizio di distribuzione di energia elettrica nei Comuni di Sondrio, Tirano e Valdisotto nonché l'attività

di gestione di tre farmacie comunali e di due parcheggi pubblici nel Comune di Sondrio – per non aver tempestivamente operato la separazione societaria per lo svolgimento dell’attività di gestione di calore e per non aver affatto operato la separazione societaria nell’attività di gestione di farmacie e parcheggi pubblici nonché per la violazione dei conseguenti obblighi di comunicazione.

Nel caso **SP136 – Saremar-Sardegna Regionale Marittima/Rotte Civitavecchia-Golfo Aranci e Vado Ligure-Porto Torres** (2012), l’AGCM ha accertato la violazione da parte della società Saremar Sardegna Regionale Marittima - soggetto che gestisce, in forza di una convenzione con il Ministero dei trasporti, i servizi di collegamento marittimo sulle rotte Santa Teresa di Gallura – Bonifacio, La Maddalena – Palau, Carloforte – Calasetta, Carloforte – dell’obbligo di separazione societaria per lo svolgimento dell’attività di collegamento marittimo di passeggeri e merci sulle rotte Civitavecchia – Golfo Aranci e Vado Ligure – Porto Torres e del conseguente obbligo di comunicazione preventiva.

Nel caso **SP137 – Comune di Piacenza/Tempi** (2012), l’AGCM ha accertato la violazione da parte della società Seta S.p.A. - azienda che gestisce il trasporto pubblico locale nei bacini di Modena, Reggio Emilia e Piacenza – dell’obbligo di separazione societaria per lo svolgimento dell’attività di noleggio autobus con conducente e del conseguente obbligo informativo.

Nel caso **SP107D – Azienda Servizi Valtrompia** (2008), l’AGCM ha accertato la violazione da parte della società Azienda Servizi Valtrompia – affidataria in regime di esclusiva del servizio idrico integrato, della distribuzione del gas e della gestione dei rifiuti solidi urbani in vari comuni della provincia di Brescia – dell’obbligo di separazione societaria per lo svolgimento dell’attività di gestione del calore e del conseguente obbligo di comunicazione preventiva.

La società sosteneva di non aver alcun obbligo di separazione societaria, in virtù dell’art. 8, comma 2. Nelle argomentazioni di parte, infatti, le attività di gestione del calore configurerebbero servizi di interesse economico generale giacché svolte a vantaggio di edifici volti al soddisfacimento di fini pubblici di sviluppo sociale e promozione sociale della comunità.

L’Autorità, al contrario, ha evidenziato che non esiste alcuna normativa, né nazionale né regionale, che qualifichi tale attività come servizio di interesse economico generale. Inoltre, ha precisato anche ove si trattasse di un servizio pubblico, “*cosa tutt’altro che pacifica dal momento che il perseguimento di fini sociali e la promozione dello sviluppo economico e civile delle comunità locali tramite la gestione del calore degli edifici comunali appare del tutto indiretto e strumentale*”, non si tratterebbe in ogni caso di attività coperta da esclusiva trattandosi invece di attività esercitabile in regime di libero mercato.

## 5. Le operazioni di concentrazione tra imprese

### 5.1 L'IMPRESA COMUNE

Nel caso **C5135 – Agipetroli-Camfin/Atriplex/Cam Petroli** (2002), l'Autorità ha ritenuto che l'impresa comune, pur dotata di un proprio capitale e di una propria struttura organizzativa, non potesse essere qualificata come entità economica autonoma in ragione dei vincoli di dipendenza con le imprese madri.

Nel caso **C4965 – Seabo-B2Expo/Seabo Fleet Service** (2001), l'AGCM ha ritenuto che la costituzione della NewCo non desse luogo ad una fattispecie concentrativa in quanto nonostante l'impresa comune disponesse di proprie risorse finanziarie e proprio personale, una parte pressoché totalitaria dei servizi era destinata ad una delle imprese madri. Inoltre, l'azione commerciale verso potenziali clienti terzi appariva dipendere in maniera sostanziale dalla volontà delle imprese madri.

### 5.2 LE MISURE CORRETTIVE APPLICABILI ALLE CONCENTRAZIONI

Nel caso **C11957 – Emmelibri-Effe 2005 Gruppo Feltrinelli/NewCo** (2013), l'AGCM ha autorizzato, subordinandola a determinate condizioni, l'operazione consistente nella costituzione di una *joint venture full-function*, da parte di Emmelibri e EFFE 2005, nella quale venivano conferite le partecipazioni delle società dei gruppi Messaggerie e Feltrinelli attive nella distribuzione di prodotti editoriali alle librerie, cartolibrerie e alla grande distribuzione organizzata.

In particolare, l'Autorità ha ritenuto che l'operazione “*interessando i due principali operatori del mercato, la cui posizione risulta ulteriormente rafforzata dall'integrazione degli stessi nei mercati a monte e a valle di quello in cui andrà ad operare la joint venture e che costituiscono per loro i più stretti sostituti reciproci*” avrebbe potuto privare gli editori medio-piccoli della possibilità di scelta e di qualsiasi potere negoziale, obbligandoli ad accettare le condizioni economiche e di servizio imposte anche se peggiorative rispetto al contesto di mercato al momento esistente.

Di conseguenza, ha ritenuto che i rischi derivanti dalla realizzazione dell'operazione potessero essere risolti attraverso l'imposizione di misure correttive volte a garantire: per gli editori medio-piccoli già distribuiti dalle parti al momento dell'operazione, la continuità dei rapporti contrattuali in essere e la stabilità delle condizioni economiche e contrattuali pattuite; per gli editori medio-piccoli non distribuiti dalle parti al momento dell'operazione, la possibilità di instaurare un rapporto contrattuale a condizioni equivalenti a quelle praticate a case editrici con caratteristiche analoghe.

Nel caso **C11799 – Bolton Alimentari/Simmenthal** (2012), l'AGCM ha autorizzato, subordinandola a determinate misure correttive, l'operazione di acquisizione da parte di Bolton, società attiva nelle conserve di carne di bovino e della trippa al sugo con il marchio “Manzotin”, del ramo d'azienda Simmenthal.

L'Autorità, infatti, ha ritenuto che la realizzazione dell'operazione di concentrazione potesse determinare la costituzione di una posizione dominante in capo all'entità *post merger* e una sostanziale riduzione della concorrenza nei mercati rilevanti. In particolare, la concentrazione avrebbe creato un operatore che, per quote di mercato e differenza rispetto ai concorrenti, sarebbe stato in grado di porre in essere politiche di prezzo indipendenti da questi ultimi, dai clienti e dai consumatori finali, in un mercato caratterizzato da una struttura dell'offerta molto

concentrata e asimmetrica e da un sostanziale riconoscimento al marchio *leader* storico di un livello di qualità superiore, oltre che dalla presenza di elevate barriere all'ingresso, in particolare di tipo economico. Bolton, inoltre, attraverso un posizionamento strategico di prezzo dei propri marchi, avrebbe potuto mettere in atto politiche escludenti, a fronte di concorrenti privi di credibili alternative di fornitura, con il conseguente presumibile rafforzamento della polarizzazione delle posizioni degli operatori di mercato: il *leader* nella fascia alta del mercato e gli altri nella fascia bassa (questi ultimi, peraltro, non avrebbero incentivi a realizzare una effettiva concorrenza di prezzo, date le caratteristiche del mercato). Infine, Bolton avrebbe rafforzato il potere negoziale nei confronti della grande distribuzione, in virtù dell'ampliamento della gamma dei prodotti, e in particolare, dell'ampliamento del portafoglio di marchi noti in mercati contigui.

Ciò posto, l'AGCM ha ritenuto che le misure proposte dalle parti, consistenti nella cessione del ramo d'azienda "Manzotin" e nel mantenimento di una divisione di vendita distinta per il marchio Simmenthal, fossero idonee a superare tali preoccupazioni concorrenziali. L'alienazione del marchio, infatti, risultava accompagnata da una capacità produttiva autonoma, che avrebbe consentito all'acquirente di operare immediatamente sul mercato, in mancanza di impianti propri, e, pertanto, appariva idonea ad eliminare gli effetti strutturali dell'operazione. La seconda misura, invece, determinando una negoziazione separata del marchio "Simmenthal" rispetto agli altri marchi di Bolton in settori contigui, consentiva il ridimensionamento del potere negoziale della nuova entità nei confronti della grande distribuzione.

Nel caso **C9817 – Istituto Centrale delle Banche Popolari Italiane/SI Holding** (2009), l'AGCM ha autorizzato, subordinandola all'adozione di una serie di misure correttive, la realizzazione dell'operazione di concentrazione consistente nell'acquisizione del controllo di SI Holding da parte dell'Istituto Centrale delle Banche Popolari Italiane.

In particolare, l'Autorità ha ritenuto che l'operazione avrebbe determinato: (i) la costituzione di posizioni dominanti nei mercati nazionali dell'emissione di carte di credito, c.d. *issuing*, e delle attività di contrattualizzazione degli esercenti, di gestione dei rapporti con i circuiti internazionali, di negoziazione e gestione delle commissioni a carico dell'esercente, di installazione e gestione di POS, di gestione delle frodi e di *customer service*, c.d. *acquiring*; (ii) in ragione della gamma di servizi offerti, della struttura verticale e dei legami, azionari/personali e contrattuali, con il principale operatore nei servizi informatici necessari per l'intera filiera, potenziali effetti restrittivi nell'attività di *processing*, ovvero l'insieme delle operazioni (gestione amministrativa, contabile e finanziaria di carte e transazioni di acquisto, gestione dispute, attività di *customer care* e di *call center*) che l'operatore compie a vantaggio delle banche o di altre società che emettono carte di pagamento o che convenzionano gli esercenti - c.d. *processing* operativo – e la gestione di piattaforme e applicativi informatici a supporto delle attività commerciali e operative di *issuing* e *acquiring* – c.d. *processing* informatico.

Ciò posto, l'Autorità ha ritenuto che le misure proposte dalle parti fossero idonee ad eliminare gli effetti pregiudizievoli della concorrenza. In particolare, nella valutazione dell'AGCM: (i) gli impegni volti ad assicurare la piena trasparenza nei contratti in termini di condizioni e prezzi applicati ai servizi erogati e la conseguente comparabilità dei servizi erogati e quindi dei modelli adottabili avrebbe consentito alla domanda "*di disporre di chiari e immediati elementi per valutare le diverse modalità operative nel settore delle carte di credito, con l'effetto di porre in concorrenza l'entità post-merger non solo con altri operatori, ma anche con la scelta del modello da adottare*"; (ii) l'impegno a fornire i propri servizi ai clienti non azionisti alle stesse condizioni che vengono forniti ai clienti azionisti avrebbe dato il corretto incentivo all'adozione di politiche di prezzo per contenere l'esercizio del potere di mercato da parte dell'entità *post-merger*; (iii) l'impegno di adottare, nel caso di ricorso a *processor* terzi non

appartenenti al Istituto Centrale delle Banche Popolari Italiane, modalità di selezione trasparenti e sulla base della miglior offerta economica (prezzo e qualità del servizio reso) avrebbe assicurato, da un lato, che i *processor* terzi non venissero totalmente esclusi da un operatore integrato in tutta la filiera in grado di trasferire potere di mercato da una attività all'altra e, dall'altro, che la selezione sarebbe avvenuta sulla base di un sistema trasparente e con criteri oggettivi di scelta; (iv) l'impegno a eliminare i legami con il principale concorrente nel *processing*, cedendo la partecipazione azionaria detenuta, avrebbe consentito di ridurre i potenziali effetti restrittivi in questa attività.

### 5.3 IL DIVIETO DI REALIZZAZIONE DI UN'OPERAZIONE CONCENTRATIVA

Nel caso **C11878 – Italgas-Aceagas-Aps/Isontina Reti** (2013), l'AGCM ha vietato la realizzazione dell'operazione di concentrazione consistente nel passaggio del controllo congiunto della società Isontina Reti Gas, da Eni ed Aceagas-APS ad Italgas ed Aceagas-APS. Più nello specifico, l'Autorità ha ritenuto che l'operazione fosse suscettibile di determinare la costituzione di una posizione dominante in capo ad Isontina Reti Gas tale da ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza nei mercati rilevanti delle future gare per la concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nei quattro ambiti sovra-comunali di Gorizia, Pordenone, Trieste e Padova 1.

Nel caso **C11082 – Cva-Compagnia valdostana delle acque /Deval-Vallenergie** (2011), l'AGCM ha vietato la realizzazione dell'operazione di concentrazione consistente nell'acquisizione da parte di Cva del 51% del capitale sociale di Deval e Vallenergie, ritenendo le misure presentate inidonee ad eliminare le criticità concorrenziali rilevate. In particolare, per l'Autorità l'operazione avrebbe determinato: nel mercato della distribuzione di energia elettrica dei circa settanta comuni valdostani interessati, la mera sostituzione del monopolista locale che previamente svolgeva tale attività nei diversi ambiti territoriali interessati (Deval) con l'impresa acquirente (Cva); nei mercati della vendita al dettaglio di energia ai clienti domestici e non domestici allacciati in bassa tensione, la creazione di un sostanziale monopolio in capo a Cva.

### 5.4 LA VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI REALIZZAZIONE DI UN'OPERAZIONE CONCENTRATIVA E LA MANCATA ADOZIONE DI MISURE CORRETTIVE

Nel caso **C11613B – Compagnia Italiana di navigazione/ramo di azienda di Tirrenia di navigazione** (2013), l'AGCM ha sanzionato le società Moby S.p.A. e Cin S.p.A. per inottemperanza ad alcune delle misure imposte in sede di autorizzazione condizionata dell'operazione di concentrazione, consistente nell'acquisizione, da parte di Cin, del ramo d'azienda di Tirrenia preposto alla fornitura del servizio di trasporto marittimo di passeggeri e merci tra l'Italia continentale e le isole maggiori e minori.

In particolare, la società Moby non aveva ottemperato all'obbligo di non stipulare, o rescindere con effetto immediato dalla data di autorizzazione dell'operazione, accordi, con operatori concorrenti o con soggetti a questi riconducibili, di *code-sharing* e qualsiasi altra tipologia di accordo finalizzato alla commercializzazione dei titoli di viaggio relativamente alle rotte Civitavecchia – Olbia, Genova – Porto Torres e Genova – Olbia. Entrambe le società, invece, non avevano ottemperato all'obbligo di applicare livelli tariffari tali da mantenere invariato il ricavo medio unitario realizzato da Moby nella stagione estiva 2009 sulle rotte indicate, fatto salvo un incremento diretto a neutralizzare gli effetti derivanti dalla variazione nel periodo del prezzo medio del carburante.

Nel caso **C2641B – Henkel/Loctite** (2001), l'AGCM ha sanzionato la società Henkel per non avere ottemperato ad alcune delle prescrizioni cui era condizionata l'autorizzazione dell'operazione di concentrazione consistente nell'acquisto della società Loctite Corporation.

In particolare, l'Autorità ha rilevato il mancato rispetto dell'obbligo di cedere ad un concorrente la licenza d'uso di alcuni marchi ed il *know how* formulativo ed applicativo di alcuni prodotti adesivi di detti marchi, rinunciando alla commercializzazioni di tali prodotti in confezioni inferiori ad ottocentocinquanta grammi (che fanno presumere la loro destinazione al consumatore non professionale).

## 5.5 LA MANCATA OTTEMPERANZA ALL'OBBLIGO DI NOTIFICA PREVENTIVA

Nel caso **C10653 – Eurospin Lazio/15 rami di azienda** (2010), l'AGCM ha sanzionato la società Eurospin Lazio, operante nella distribuzione moderna di prodotti alimentari e di altri prodotti di largo e generale consumo con la formula *discount*, per la mancata comunicazione dell'operazione di concentrazione consistente nell'acquisizione di quindici rami d'azienda, appartenenti a varie società e ditte individuali, tutti dotati di relativa autorizzazione commerciale.

In realtà, sei dei quindici rami d'azienda oggetto di acquisizione riguardavano licenze relative ad esercizi di vicinato (*i.e.* superfici di vendita inferiori ai duecentocinquanta metri quadrati). A tal proposito, l'Autorità ha innanzitutto chiarito che non costituiscono concentrazioni le operazioni consistenti nell'acquisizione della “*sola*” licenza commerciale laddove si tratti di licenze commerciali per “*esercizi di vicinato*”, essendo stato abolito l'obbligo di ottenere una licenza commerciale per l'esercizio di tale attività.

Tuttavia, nel caso di specie ha ritenuto di qualificare come concentrazioni anche le operazioni riguardanti gli anzidetti sei rami di azienda.

In particolare, due di essi erano rami d'azienda comprensivi di licenze, avviamento commerciale e beni strumentali né i contratti di cessione contenevano alcuna specifica pattuizione di deroga al divieto di concorrenza a carico dell'alienante nel trasferimento di rami d'azienda. Pertanto, in assenza di tale previsione, la continuazione dell'attività di impresa oggetto della licenza commerciale ceduta risulta comunque impedita al cedente per un periodo di 5 anni dalla stipula del contratto stesso. Gli altri quattro rami d'azienda, invece, comprendevano licenze e avviamento e nei relativi contratti di acquisizione era espressamente previsto un patto di non concorrenza, in virtù del quale alle parti cedenti era vietato intraprendere un'attività concorrente a quella oggetto delle cessioni sia in nome proprio sia per interposta persona.

Nella determinazione della sanzione, l'AGCM ha considerato: sotto il profilo soggettivo, l'assenza di dolo, la sollecitudine della società nel fornire la documentazione e le informazioni richieste e il comportamento collaborativo tenuto nel corso del procedimento; sotto il profilo oggettivo, e quindi dell'idoneità dell'operazione a produrre effetti pregiudizievoli per la concorrenza, la mancanza di tali effetti nei mercati interessati.

Nel caso **C7073 – Degi Deutsche Gesellschaft fur immobilienfonds/Bodio Properties** (2005), l'AGCM ha sanzionato la società Degi Deutsche, la cui attività consiste principalmente nella gestione di fondi di investimento immobiliare, per la mancata comunicazione dell'operazione di concentrazione consistente nell'acquisizione dell'intero capitale sociale di Bodio, una società proprietaria di un complesso immobiliare denominato “Bodio Center” destinato a centro affari/direzionale con uffici e servizi ancillari di ristorazione ubicato a Milano.

Nella determinazione della sanzione, l'Autorità ha ritenuto, con riguardo all'elemento soggettivo, che l'omissione della comunicazione fosse imputabile a titolo di colpa e non di dolo; con riferimento all'elemento oggettivo, e quindi all'idoneità dell'operazione a produrre effetti pregiudizievoli per la concorrenza, che l'operazione non fosse destinata ad incidere sostanzialmente sui meccanismi concorrenziali.

Nel caso **C5872 – Mediobanca/Promotex** (2003), l'AGCM ha sanzionato la società Mediobanca – Banca di Credito Finanziario – una banca di credito finanziario avente come oggetto sociale l'esercizio del credito a medio e lungo termine, l'offerta di servizi di *investment banking* e *corporate finance*, l'attività di assunzione di partecipazioni in società assicurative, finanziarie e industriali – per la mancata comunicazione dell'operazione di concentrazione consistente nella fusione per incorporazione di Promotex – una società finanziaria avente per oggetto sociale l'assunzione di partecipazioni in altre società od enti, in Italia o all'estero, compravendita, permuta, gestione e collocamento di titoli azionari, obbligazionari, pubblici o privati, italiani od esteri e qualsiasi altra operazione di investimento mobiliare.

Nella determinazione della sanzione, l'Autorità ha considerato la non intenzionalità della violazione e la comunicazione spontanea da parte di Mediobanca.

Nel caso **C5588 – Nuova Maa Assicurazioni/Mediolanum Assicurazioni** (2003), l'AGCM ha sanzionato la società Nuova Maa Assicurazioni, compagnia di assicurazioni operante in tutti i rami danni, per omessa notifica dell'operazione di concentrazione consistente nell'acquisizione del portafoglio clienti di Mediolanum Assicurazioni, costituito in particolare dai contratti di assicurazione appartenenti ai rami 3 (Corpi veicoli terrestri), 10 (RC Auto) e 12 (Corpi veicoli marittimi, lacustri e fluviali). Nel caso di specie, l'Autorità è venuta a conoscenza dell'operazione nel corso dell'istruttoria relativa ad un'operazione diversa.

Nella determinazione della sanzione, l'Autorità, sotto il profilo soggettivo, ha ritenuto integrata una fattispecie di colpa e non di dolo ma ha altresì considerato che la società non ha provveduto alla comunicazione spontanea dell'operazione, nonostante la successiva piena collaborazione; con riferimento all'elemento oggettivo, ha rilevato la scarsa incidenza dell'operazione sugli assetti concorrenziali.

Nel caso **C5102 – TV Internazionale/Rami d'azienda di emittenti locali** (2002), l'AGCM ha sanzionato la società TV Internazionale per la mancata comunicazione di undici operazioni di concentrazione consistenti nell'acquisizione di frequenze e impianti radiofonici da altrettanti soggetti cedenti.

Nella determinazione della sanzione, l'Autorità ha considerato, sotto il profilo soggettivo, la non intenzionalità della condotta e la collaborazione prestata nel corso del procedimento; sotto il profilo oggettivo, la modesta incidenza delle operazioni sui mercati di riferimento.

Nel caso **C4442 – Benetton Group/Vari** (2001), l'AGCM ha sanzionato il gruppo Benetton, attivo nella produzione e commercializzazione di articoli d'abbigliamento e di articoli accessori e complementari all'abbigliamento, per la casa e per il tempo libero, per la tardiva comunicazione di trenta operazioni di concentrazione consistenti nell'acquisizione di altrettante aziende e rami d'azienda.

Nella determinazione della sanzione l'Autorità ha considerato, sotto il profilo soggettivo, la comunicazione spontanea, seppure tardiva, delle operazioni, l'assenza di intenzionalità delle violazioni e la collaborazione prestata nel corso del procedimento; sotto il profilo oggettivo, la scarsa incidenza delle operazioni sui mercati rilevanti.

## 6. I poteri decisorii dell'AGCM

### 6.1 LE DECISIONI CON IMPEGNI NELL'AMBITO DI PROCEDURE VOLTE AD ACCERTARE FATTISPECIE DI INTESE ORIZZONTALI

Nel caso **I692 – Mercato dell'editoria scolastica** (2008), l'AGCM ha chiuso il procedimento, senza accertare l'infrazione, accettando e rendendo vincolanti gli impegni presentati dalle parti.

In sede di avvio l'Autorità si proponeva di accertare l'esistenza di un'intesa tra l'Associazione Italiana editori e alcune case editrici. Date la stabilità e la significativa omogeneità delle quote dei principali operatori nel mercato dell'editoria scolastica, l'AGCM intendeva verificare se essa derivasse da attività di coordinamento, poste in essere in seno all'Associazione, tese a definire linee d'azione comuni, anche nella forma di reazioni volte a concertare o ostacolare la possibile introduzione di elementi di novità nel mercato italiano dell'editoria scolastica. In particolare, risultavano indizi di un coordinamento tra le imprese sulle condizioni di offerta di strumenti didattici innovativi, quali quelli su supporto informatico, nonché evidenze sulla ricerca di una posizione condivisa per contrastare sia l'attività di noleggio dei libri introdotta da un nuovo operatore presso alcuni istituti scolastici che le iniziative di amministrazioni pubbliche tese al contenimento della spesa per la dotazione libraria.

Al fine di rimuovere le criticità concorrenziali sollevate, l'Associazione Italiana Editori si è impegnata a rendere disponibili agli insegnanti le informazioni fondamentali sulla totalità dei libri adottabili per ogni specifica materia. Tutti gli editori parti del procedimento si sono impegnati a introdurre e sviluppare strumenti didattici innovativi, ponendo l'accento sulla possibilità di sfruttare strumenti informatici per operare una trasposizione su supporto digitale di parte dei contenuti diffusi solamente su carta, in modo da poter ottenere un contenimento della foliazione dei testi stampati e una conseguente riduzione dei costi di produzione e da trasferire i risparmi così ottenuti in un contenimento dei prezzi di copertina, a beneficio dei consumatori. Infine, solo alcune case editrici si sono impegnate ad avviare l'attività di noleggio di libri scolastici.

L'Autorità ha ritenuto che l'impegno dell'Associazione, assicurando una migliore visibilità su tutto il territorio nazionale anche agli editori di minori dimensioni, fosse idoneo a ridurre il divario esistente rispetto alla totale trasparenza di cui beneficiano gli editori. L'introduzione di nuove proposte all'interno dell'offerta didattica, invece, avrebbe intensificato le dinamiche competitive tra le imprese e ridotto i possibili spazi di concertazione, minando gli equilibri esistenti ed esponendo gli operatori ad un nuovo contesto di mercato; oltre ad agevolare un contenimento della spesa per le famiglie. Da ultimo, l'AGCM ha rilevato che la presentazione solo da una parte degli editori di impegni in materia di noleggio fosse rappresentativa di una differenziazione tra le politiche commerciali delle società editrici coinvolte nell'istruttoria che avrebbe potuto incentivare risposte competitive anche da parte delle imprese che non avevano ritenuto di favorire il noleggio dei propri testi.

Nel caso **I681 – Prezzi dei carburanti in rete** (2007), l'AGCM ha chiuso il procedimento, senza accertare l'infrazione, accettando e rendendo vincolanti gli impegni presentati dalle parti.

In sede di avvio l'Autorità si proponeva di accertare l'esistenza di un'intesa tra alcune imprese petrolifere consistente in uno scambio di informazioni sensibili e in particolare nella comunicazione alla stampa dei prezzi consigliati nazionali - in anticipo rispetto alla loro pubblicazione sul sito *internet* del Ministero dello sviluppo economico - e delle componenti aggiuntive di tali prezzi, i c.d. "*differenziali integrativi*", non pubblicati dal Ministero e, dunque, non altrimenti conoscibili.

Al fine di rimuovere le criticità concorrenziali sollevate, tutte le parti del procedimento si sono impegnate a: (i) limitare la trasparenza sui prezzi consigliati e sui differenziali integrativi, previa cessazione di ogni comunicazione alla stampa specializzata; (ii) incentivare l'utilizzo del *selfservice*; (iii) mettere a disposizione di terzi strutture lo-

gistiche e prodotto e (iv) favorire l'ingresso o lo sviluppo della grande distribuzione organizzata nel mercato. Alcune imprese, inoltre, si sono impegnate a definire i prezzi consigliati su base non più nazionale bensì locale; altre hanno offerto di mettere a disposizione strumenti informatici e telematici per la pubblicizzazione, da parte dei gestori della propria rete, dei prezzi effettivamente praticati nei singoli punti vendita.

L'Autorità, mentre ha ritenuto manifestamente inidoneo l'impegno presentato dall'Anonima Petroli Italiana a offrire sconti a determinate categorie di clienti, ha valutato gli impegni complessivamente presentati idonei a superare le criticità concorrenziali sollevate in sede di avvio del procedimento. In particolare, ha evidenziato che le problematiche legate allo scambio di informazioni fossero eliminate principalmente dagli impegni a cessare le comunicazioni alla stampa e a definire una molteplicità di prezzi consigliati. Al contempo, ha rilevato che gli impegni volti a migliorare le condizioni strutturali del contesto nel quale si svolge l'attività di distribuzione di carburanti in rete, avendo ad oggetto alcune caratteristiche strutturali del settore suscettibili di favorire il parallelismo dei prezzi, concorressero a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto di istruttoria. Da ultimo, ha ritenuto che gli strumenti informatici e telematici offerti potessero ridurre, almeno in parte, i costi di ricerca dei consumatori e, quindi, fossero anch'essi misure idonee a migliorare le condizioni del contesto concorrenziale.

## 6.2 LE DECISIONI CON IMPEGNI NELL'AMBITO DI PROCEDURE VOLTE AD ACCERTARE FATTISPECIE DI INTESE VERTICALI

Nel caso **1779 – Mercato dei servizi turistici-Prenotazioni alberghiere online** (2015), l'AGCM ha concluso il procedimento, senza accertare l'infrazione, accettando e rendendo vincolanti gli impegni presentati da Booking, società *leader* mondiale nei servizi di prenotazione *online* di strutture ricettive e che gestisce il sito *web* [www.booking.com](http://www.booking.com).

In sede di avvio del procedimento, l'Autorità aveva ipotizzato che l'adozione di clausole c.d. *most favoured nation*, inserite nei contratti stipulati con i propri *hotel partner* presenti in Italia allo scopo di vincolarli a non offrire i propri servizi alberghieri a prezzi e condizioni migliori tramite le *online travel agencies* concorrenti e, in generale, tramite qualsiasi altro canale di vendita sia *on-line* (ad esempio, i siti *web* degli *hotel*) che *off-line* (ad esempio, le agenzie di viaggio tradizionali), potesse integrare una restrizione verticale. Detta condotta, infatti, appariva idonea a limitare significativamente la concorrenza non solo sotto il profilo del prezzo e delle condizioni di offerta praticate dagli altri operatori ma anche delle commissioni richieste dalle *online travel agencies* alle strutture alberghiere per il servizio di prenotazione svolto.

Al fine di eliminare le criticità concorrenziali sollevate, Booking si è impegnata a: (i) eliminare l'obbligo per gli *hotel partner* di offrire sulla sua piattaforma tariffe, termini e condizioni (ad esempio, inerenti la politica di cancellazione) uguali o più vantaggiosi rispetto a quelli offerti sulle altre *online travel agencies* concorrenti, l'obbligo di offrire un numero di stanze, a prescindere dalla tipologia, eguali o superiore rispetto alle altre *online travel agencies* concorrenti e l'obbligo di prendere contatto con clienti che abbiano già soggiornato presso gli stessi almeno in un'occasione a prescindere dalle modalità utilizzate per effettuare la prima prenotazione; (ii) eliminare il divieto per gli *hotel partner* di offrire sui propri canali *off-line* tariffe, termini e condizioni uguali o più vantaggiosi rispetto a quelli offerti sulla piattaforma di Booking; (iii) adeguare la sua politica di comunicazione alle misure proposte; (iv) non offrire commissioni più basse o altri tipi di incentivi agli *hotel partner* che volontariamente decidano di offrire, sulla piattaforma di Booking, tariffe uguali o inferiori a quelle praticate sulle altre *online travel agencies*; (v) applicare le misure proposte con riguardo a tutte le prenotazioni effettuate dai clienti, su scala mondiale, con riferimento agli *hotel* situati in Italia per 5 anni a partire dal 1° luglio 2015; (vi) rispettare gli

impegni assunti anche qualora i contratti stipulati con gli *hotel partner* dovessero essere trasferiti ad un'altra società del Gruppo.

L'AGCM ha ritenuto il complesso degli impegni idoneo ad eliminare le preoccupazioni concorrenziali evidenziate in sede di avvio in quanto, da un lato, consente lo sviluppo di un'effettiva concorrenza tra le *online travel agencies*, le quali potranno “*utilizzare le commissioni come leve concorrenziali per ottenere dagli hotel partner tariffe e condizioni più vantaggiose da offrire ai consumatori*” e, dall'altro, è tale da assicurare ai consumatori la possibilità di continuare ad utilizzare in modo gratuito i servizi di comparazione, ricerca e prenotazione forniti.

Nel caso **1766 – Inverter Solari ed eolici-Imposizione di prezzi minimi** (2014), l'AGCM ha concluso il procedimento, senza accertare l'infrazione, accettando e rendendo vincolanti gli impegni presentati da Power – One Italy, società attiva nella produzione di sistemi per la conversione di energia fotovoltaica ed eolica (c.d. *inverter*) e di sistemi di monitoraggio per impianti fotovoltaici ed eolici.

In sede di avvio del procedimento, l'Autorità si proponeva di accertare l'esistenza di una restrizione verticale realizzata attraverso l'imposizione di un sistema obbligatorio di prezzi minimi di vendita alla propria rete di commercializzazione e vendita. Detto sistema sarebbe risultato sia da alcune clausole presenti nei contratti annuali di distribuzione, relativi ai due anni precedenti l'avvio del procedimento, che da una lettera inviata agli intermediari.

Al fine di rimuovere le criticità concorrenziali sollevate, Power One si è impegnata a modificare la propria politica distributiva, con riferimento sia ai contratti già sottoscritti che ai contratti futuri, sia per la rete italiana che per quella europea, adottando nuovi contratti nei quali: (i) eliminare ogni riferimento, diretto o indiretto, a “*prezzi minimi di vendita*”, prezzi di rivendita obbligatoria o qualsivoglia espressione analoga; (ii) non includere alcun tipo di raccomandazione sistematica di prezzi consigliati di rivendita, fatta salva la possibilità di raccomandare ai propri intermediari, in presenza di particolari circostanze specifiche e in via del tutto occasionale (come ad es. in caso di lancio di nuovi prodotti), un prezzo consigliato, chiarendone il carattere non vincolante; (iii) non includere alcuna regola, meccanismo, incentivo (es. il condizionamento di sconti o altri benefici al rispetto di determinati livelli di prezzi di rivendita) o strumento di pressione che potrebbero essere interpretati come un mezzo indiretto per influenzare le politiche di prezzo degli intermediari; (iv) affermare in maniera espressa e inequivoca la piena ed incondizionata autonomia e libertà dell'intermediario nella determinazione dei prezzi di rivendita; (v) non includere alcuna sistematica azione di *benchmarking* dei prezzi, scambio di informazioni o altre condotte simili nei rapporti con i propri distributori, volte a monitorare sistematicamente i prezzi di rivendita applicati dai propri intermediari in Italia e in altri paesi dell'Unione europea. La società, inoltre, si è impegnata, per tre anni, ad astenersi dall'effettuare anche qualsiasi raccomandazione non vincolante di prezzi e ad eliminare le esclusive merceologiche e territoriale sulle vendite attive presenti nei contratti con gli intermediari.

L'Autorità ha ritenuto che gli impegni complessivamente presentati, in quanto suscettibili di rimuovere il sistema obbligatorio di fissazione di prezzi minimi di rivendita, fossero idonei a superare la contestazione di cui al provvedimento di avvio.

Nel caso **1718 – Enervit/Contratti di distribuzione** (2014), l'AGCM ha concluso il procedimento, senza accertare l'infrazione, accettando e rendendo vincolanti gli impegni presentati da Enervit, società attiva nella produzione e commercializzazione di integratori e prodotti alimentari destinati a soddisfare esigenze nutrizionali specifiche.

In sede di avvio del procedimento, l'Autorità si proponeva di accertare l'esistenza di una restrizione verticale in relazione al contenuto degli accordi commerciali in essere con i propri distributori e concessionari e, in particolare,

alla presunta imposizione: ai primi, di un prezzo minimo di rivendita e di un vincolo di destinazione dei prodotti in lingua italiana al mercato nazionale (per il canale farmacia/internet); ai secondi, di un divieto di vendita al di fuori di territorio/gruppi di clienti in esclusiva e di un patto di non concorrenza di durata indeterminata.

Al fine di rimuovere le criticità concorrenziali sollevate, con riferimento ai contratti con i propri distributori al dettaglio, Enervit si è impegnata a: (i) non diffondere comunicazioni e/o concludere accordi analoghi a quello oggetto di istruttoria; (ii) non influenzare, né direttamente né indirettamente (e dunque neanche tramite forme implicite di persuasione), i propri rivenditori al dettaglio, negozi fisici e/o virtuali, nella determinazione delle proprie politiche di prezzo, e quindi nella scelta delle percentuali di sconto, da praticare al pubblico; (iii) inviare ai propri rivenditori *online* e ai propri agenti una comunicazione informativa nella quale evidenziare la loro totale autonomia nella determinazione del prezzo finale di vendita dei prodotti di Enervit, nel rispetto dell'immagine e del valore dei relativi marchi. Con riferimento ai contratti di rivendita siglati con i propri concessionari, invece, Enervit si è impegnata a modificare le clausole contenute in detti contratti in modo da eliminare la previsione di un divieto di vendite passive al di fuori del territorio/gruppi di clienti attribuiti in esclusiva e da escludere il rinnovo tacito del patto di non concorrenza.

L'Autorità ha ritenuto: gli impegni assunti per superare la contestazione relativa alla fissazione di un prezzo minimo di rivendita idonei a garantire l'effettiva libertà dei rivenditori nella scelta del prezzo finale di vendita dei prodotti commercializzati dalla società; gli impegni assunti nei confronti dei concessionari idonei a consentire a questi ultimi le vendite passive al di fuori del territorio/gruppo di clienti attribuiti in esclusiva. Al contempo non ha ritenuto sussistente un vincolo di destinazione dei prodotti in lingua italiana al mercato nazionale.

### 6.3 LE DECISIONI CON IMPEGNI NELL'AMBITO DI PROCEDURE VOLTE AD ACCERTARE FATTISPECIE DI ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

Nel caso **A426 – Telecom Italia-Gare affidamento servizio telefonia fissa e connettività IP** (2012), l'AGCM ha chiuso il procedimento, senza accertare l'infrazione, accettando e rendendo vincolanti gli impegni presentati da Telecom.

In sede di avvio del procedimento, l'Autorità aveva ipotizzato un abuso di natura escludente consistente nella mancata fornitura da parte di Telecom di servizi e informazioni a livello *wholesale* necessari ai potenziali nuovi concorrenti per la predisposizione di un'offerta competitiva; inoltre, aveva rilevato che laddove Telecom, in virtù della propria integrazione verticale, avesse reso tali *input* disponibili per le proprie divisioni commerciali, essa avrebbe potuto beneficiare di un vantaggio competitivo nella formulazione di offerte tecniche ed economiche.

In risposta alle criticità concorrenziali sollevate, Telecom si è impegnata, a beneficio dei nuovi potenziali concorrenti, a: (i) rilasciare, in tempi certi e con modalità non discriminatorie rispetto alle proprie divisioni commerciali, studi di fattibilità in merito alle soluzioni tecnico/impiantistiche non *standard* connesse alla fornitura di servizi di accesso alla rete che gli operatori potrebbero trovarsi a dover realizzare per soddisfare specifiche richieste da parte di grandi clienti; (ii) mettere a disposizione, in occasione di procedure di gara di rilevante entità, e ove la stazione appaltante sia, in tutto o in parte, un cliente Telecom, informazioni relative alla configurazione dei servizi di accesso utilizzati da Telecom nella fornitura di servizi alle stazioni appaltanti; (iii) offrire un servizio integrato di *assurance* per i servizi di accesso regolamentati ai clienti non residenziali; (iv) comunicare preventivamente l'elenco delle imprese terze, suddivise per area territoriale, di cui avvalersi in caso di esternalizzazione del servizio di *assurance*; (v) introdurre un nuovo livello di servizio per l'assistenza tecnica espressamente dedicato alle procedure di gara, caratterizzato da tempistiche di ripristino identiche per tutti i servizi di accesso all'ingrosso, di

cui fruire in alternativa o in combinazione con quanto previsto dall'impegno (iii); (vi) rendere noto su base periodica un elenco degli interventi di desaturazione programmati con l'indicazione delle risorse oggetto di intervento e delle tempistiche previste per la riapertura del servizio.

L'AGCM ha ritenuto che gli impegni complessivamente considerati fossero effettivamente idonei ad arricchire la *set* di informazioni e servizi di cui i potenziali nuovi concorrenti avrebbero potuto disporre per formulare le proprie offerte nell'ambito di gare bandite da grandi clienti pubblici e privati e a fornire alcune nuove garanzie in materia di parità di trattamento interno - esterno.

Nel caso **A438 – Poste Italiane/Selecta** (2012), l'AGCM ha chiuso il procedimento, senza accertare l'infrazione, accettando e rendendo vincolanti gli impegni presentati da Poste Italiane.

In sede di avvio del procedimento, l'Autorità in si proponeva di accertare la sussistenza di comportamenti abusivi con finalità escludenti di Selecta - operatore di posta elettronica ibrida, attivo dal settembre 2006 nel settore della posta massiva, oltre che nell'offerta di altri servizi quali il *direct marketing*, il *commercial printing*, servizi telematici, la gestione di documenti aziendali - dal mercato dell'intermediazione di posta massiva. In particolare, le condotte abusive contestate riguardavano le modalità con le quali Poste Italiane aveva imposto a Selecta repentinamente la restituzione delle somme dovute per gli oneri di postalizzazione rifiutando di accettare i piani di rientro da essa prospettati e la richiesta del pagamento contestuale dei servizi di recapito.

In risposta alle criticità concorrenziali sollevate in sede di avvio del procedimento, Poste si è impegnata a: (i) modificare, allungandolo, il termine per il pagamento dei corrispettivi dovuti anche per i contratti in corso; (ii) prevedere un contratto tipo con Postel e non applicare a intermediari diversi da Postel condizioni meno favorevoli; (iii) rendere più flessibili per gli intermediari le possibilità di accesso alla posta massiva, prevedendo una tipologia contrattuale che dovrebbe consentire che l'obbligo di pagamento dei debiti di affrancatura si incardini direttamente in capo ai clienti mittenti senza gravare sugli intermediari; (iv) determinare il tasso da applicare all'affidamento su conto corrente intersocietario concesso a Postel sulla base delle condizioni di mercato.

L'AGCM ha ritenuto che gli impegni presentati, come modificati all'esito del market test, rimuovessero i profili anticoncorrenziali evidenziati in avvio: da un lato, riducendo il rischio di discriminazione tra Postel - società controllata da Poste e attiva anche nella prestazione di tutti i servizi postali a monte rispetto al recapito - e gli altri intermediari; dall'altro, rendendo più efficienti ed elastici i rapporti tra Poste e gli intermediari stessi nell'ambito della fornitura del servizio di posta massiva.

#### 6.4 I PROGRAMMI DI CLEMENZA

Il caso **I722 – Logistica internazionale** (2011), è stato avviato a seguito dell'istanza di ammissione al beneficio della clemenza da parte di una delle società partecipanti all'intesa, cui sono seguite altre domande di trattamento favorevole. In particolare, l'AGCM all'esito del procedimento istruttorio, dopo aver accertato l'intesa, ha sanzionato diciannove delle ventidue aziende coinvolte, concesso il beneficio dell'immunità totale al primo *leniency applicant* e ridotto la sanzione alle altre imprese che avevano presentato domanda di trattamento favorevole.

Con specifico riguardo all'applicazione del programma di clemenza, infatti, l'Autorità ha ritenuto di non imporre la sanzione al primo soggetto collaborante in quanto questi ha fornito informazioni decisive per l'accertamento dell'infrazione nonché ai fini dell'organizzazione di accertamenti ispettivi mirati ed efficaci. Analogamente, ha ri-

tenuto di ridurre la sanzione anche per gli altri soggetti partecipanti al programma di clemenza, seppure con percentuali diverse, in quanto *“hanno confermato e rafforzato il quadro probatorio”*.

Il caso **1701 – Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici** (2010), è stato avviato a seguito dell'istanza di ammissione al beneficio della clemenza, cui sono seguite due domande analoghe da parte di altri soggetti parti del procedimento. All'esito del procedimento, l'AGCM ha accertato un'intesa avente ad oggetto lo scambio di informazioni sugli aumenti programmati dei prezzi di listino dei prodotti cosmetici e sulle condizioni della negoziazione con gli operatori della grande distribuzione organizzata. Di conseguenza ha sanzionato tutte le imprese coinvolte ad eccezione per primo *leniency applicant*, dato il decisivo apporto da questi fornito nella piena ricostruzione del fenomeno collusivo e nell'efficace svolgimento del procedimento istruttorio. Per una delle altre due imprese che avevano presentato richiesta di clemenza, l'Autorità ha concesso una riduzione del 50% della sanzione dal momento che gli elementi forniti hanno contribuito a rafforzare la capacità di provare l'infrazione; per l'altra impresa, invece, la riduzione è stata pari al 40%.

Nel caso **1700 – Prezzo per il GPL da riscaldamento Regione Sardegna** (2010), l'Autorità ha avviato un procedimento volto ad accertare la sussistenza di un'intesa tra i principali operatori nel settore del gas consistente in un coordinamento delle strategie commerciali finalizzato alla determinazione congiunta del livello dei prezzi del GPL in bombole in Sardegna e di altre condizioni contrattuali da applicare ai rivenditori, nonché in una compartimentazione dei mercati. Successivamente all'avvio dell'istruttoria, Eni, una delle società parti del procedimento, ha presentato domanda di trattamento favorevole.

A seguito della domanda di trattamento favorevole, l'AGCM ha esteso l'oggetto dell'istruttoria al coordinamento sui listini del GPL in bombole e in piccoli serbatoi sull'intero territorio nazionale.

All'esito del procedimento, tutte le parti sono state sanzionate, ad eccezione del *leniency applicant*. L'Autorità, infatti, ha ritenuto decisivo l'apporto fornito in quanto: *“ha denunciato l'esistenza un'intesa più ampia, per oggetto e durata, di quella contestata nel provvedimento di avvio”*; ha consentito la piena ricostruzione del fenomeno collusivo e un'efficace svolgimento del procedimento istruttorio; ha permesso di effettuare accertamenti ispettivi mirati, in virtù del dettaglio delle informazioni fornite. Da ultimo, è stata considerata anche la natura della collaborazione, completa e continuativa *“per l'intera durata del procedimento istruttorio, rispondendo ad ogni richiesta che poteva contribuire all'accertamento dei fatti rilevanti e alla ricostruzione del disegno collusivo”*.

