

2. LE INTESE



***“I cartelli sono quelle cose che si fanno ma non si dicono”
(Tullio Ascarelli)***



I LA FATTISPECIE GENERALE





Art. 101.1 TFUE:

*Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli **accordi** tra imprese, tutte le **decisioni** di associazioni di imprese e tutte le **pratiche concordate** che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano **per oggetto o per effetto** di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del **mercato comune***

Art. 2 l. 287/90

1. Sono considerati intese gli **accordi** e/o le **pratiche concordate** tra imprese nonché le **deliberazioni**, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi simili.
2. Sono vietate 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**



LA NOZIONE

ACCORDI: incontro di volontà **anche non giuridicamente vincolante** (*gentlemen's agreements*)

PRATICHE CONCORDATE: coordinamento consapevole risultante da comportamenti concludenti frutto di concertazione anche se non giuridicamente rilevante; **rilevanza probatoria, prova indiziaria** (scambio info, circolari interne, incontri informali, andamento prezzi)

DECISIONI: anche non vincolanti, sanzionati sia il decisore sia le imprese associate

Tratti comuni:

- Concertazione che sostituisce l'autonomia dei comportamenti con il loro coordinamento
- Si bada più alla sostanza che alla forma
- Si prescinde dalla vincolatività giuridica



NOZIONE DI IMPRESA

Oltre l'art. 2082 c.c.: “ogni **organizzazione unitaria** di *elementi personali, materiali e immateriali, facente capo ad un soggetto giuridico **autonomo** e diretta in modo durevole e continuato a partecipare attivamente alla vita economica perseguendo uno scopo determinato, indipendentemente da modalità di finanziamento, componenti organizzative ed elementi aziendali*”

Indipendente da dimensioni, forma giuridica, personalità giuridica, proprietà pubblica/privata/mista

Estesa anche a fattispecie associative temporanee (fuori dalle finalità di legge)

Accordi intragruppo: manca l'autonomia operativa, quindi non costituiscono intese



NOZIONE DI IMPRESA

Sono stati qualificati imprese ai fini antitrust:

- Gli spedizionieri doganali (CGCE 18.6.1998)
- Gli uffici di collocamento (CGCE 13.7.1962, 23.4.1991)
- Gli enti previdenziali (AGCM 7537, Enpam)
- Gli enti previdenziali privati facoltativi (CGCE 19.1.1994)
- Le aziende municipalizzate (AGCM 1831, Latte ass.es.)
- Le fondazioni (AGCM 2242, Cariplo)
- I professionisti intellettuali e loro associazioni
- Gli ordini professionali
- Il Consiglio Nazionale Forense (CGCE 10.7.2001)

(continua)



NOZIONE DI IMPRESA

(segue)

- I titolari di brevetti concessi in licenza
- Gli amministratori di condominio (AGCM 2550)
- L'AAMS
- Gli sportivi professionisti
- Gli enti non lucrativi (AGCM 7340, Lega Calcio)
- Gli ordini professionali
- Le associazioni di rappresentanza dei professionisti (AGCM 7983, Cons. lavoro)
- Il Consiglio Nazionale Forense (CGCE 10.7.2001)



IL GRUPPO DI IMPRESE

- “Il divieto di intese non colpisce accordi o pratiche concordate fra imprese appartenenti allo stesso gruppo come **società madre ed affiliata**, qualora esse costituiscano un’**unità economica** nell’ambito della quale l’affiliata non dispone di **effettiva autonomia** nella determinazione del proprio comportamento sul mercato e gli accordi o pratiche di cui trattasi abbiano semplicemente lo scopo di una **ripartizione di compiti** all’interno del gruppo” (CGCE 14.7.1972 – Materie coloranti)*
- “Ogni qualvolta un gruppo di imprese forma un’**unità economica**, tale gruppo va considerato, ai fini dell’applicazione delle norme comunitarie sulla concorrenza, come un’**unica impresa**. Il requisito dell’unità economica deve ritenersi soddisfatto quando ci si trova in presenza di un **unico centro di imputazione effettivo dell’attività** del gruppo” (CGCE 31.10.1974 – Centrafarm)*
- “La nozione di impresa, collocata nel contesto del diritto della concorrenza, deve essere intesa come designante una **unità economica** dal punto di vista dell’oggetto dell’accordo in considerazione anche se, dal punto di vista giuridico, questa unità economica è costituita da delle **società che hanno un interesse identico e che sono controllate dalla medesima persona fisica, essa pure parte dell’accordo**. In queste condizioni, in effetti, non esiste **alcuna possibilità di concorrenza** tra i soggetti che partecipano, come una sola parte, all’accordo in questione” (CGCE 12.7.1984 – Hydroterm)*



DOTTRINA *DE MINIMIS*

Il pregiudizio alla concorrenza deve essere **sensibile**

Com. 22.12.2001: presunzione di non rilevanza di accordi tra **PMI** e con **quota di mercato** minoritaria

PMI:

- **dipendenti <250**
- **fatturato annuo <40 mln € o totale bilancio <27 mln €**

Quota di mercato:

- Intese **orizzontali**: quota di mercato **aggregata <10%**
- Intese **verticali**: quota **per singola impresa <15%**

Valore indicativo: esentabili anche intese sopra soglia,
sanzionabili intese sotto soglia intrinsecamente illecite
(azioni sui prezzi, restrizioni produzione/vendite/territori)



TIPOLOGIA

INTESE ORIZZONTALI

Fra imprese operanti nella stessa fase del processo produttivo

Terreno tradizionale di esame (prezzi, contingentamento...)

Più pericolose per la concorrenza (tranne R&S, PMI)

INTESE VERTICALI

Fra imprese operanti a livelli diversi del processo produttivo

Valutate come meno pericolose per la concorrenza perché hanno effetti procompetitivi (Schwinn, Sylvania, Leegin)

Ruolo dei **contratti di distribuzione**: esclusive di prodotto e di territorio, rafforzamento della concorrenza
interbrand malgrado riduzione concorrenza **intrabrand**



LE FATTISPECIE TIPICHE

A. FISSAZIONE PREZZI D'ACQUISTO/VENDITA

Direttamente o indirettamente

Prezzi minimi/massimi, tariffe orarie, sconti/ribassi; altre condizioni contrattuali che influenzano i costi e quindi il prezzo (es. garanzie, assistenza, pagamento, interessi, costi di consegna/trasporto)

Intese verticali: prezzo fisso o minimo di rivendita, c.d. *resale price maintenance* (RPM); Orientamento favorevole FTC (Leegin) e Comm. UE (2010) solo se su:

- Nuovi prodotti
- Operazioni con prezzi bassi
- Servizi specifici pre-vendita

Prezzi massimi o raccomandati: tendenzialmente leciti



LE FATTISPECIE TIPICHE

B. CONTINGENTAMENTO

Limitare/controllare produzione, sbocchi, sviluppo tecnico, investimenti

Intese orizzontali promosse da associazioni di categoria per determinare quote di produzione/vendita

Intese verticali: accordi di approvvigionamento esclusivo, sconti fedeltà

Accordi R&S che prevedono restrizioni al libero sfruttamento di progetti tecnici o allo sviluppo indipendente



LE FATTISPECIE TIPICHE

C. RIPARTIZIONE DEI MERCATI E DELLE FONTI DI APPROVVIGIONAMENTO

Suddivisione del territorio in più mercati quanti sono le imprese partecipanti → monopoli locali, rischio **compartimentazione** dei mercati nazionali (30 TUE)

Casistica su **importazione parallela**: Technique Minière, Grundig (1966); messe al bando le **esclusive chiuse** e salve le **esclusive aperte**

Reg. 2790/99, 330/2010: regolamenti di esenzione generale su intese verticali, sostituiscono i quattro speciali previgenti; **Guidelines** (Com. 19.5.2010)

Presunzione di legalità di tutti gli accordi verticali in cui il fornitore e l'acquirente sono sotto la soglia del **30%** (no presunzione sopra soglia)

Lista nera di clausole vietate (*hardcore*): no esenzione



LE FATTISPECIE TIPICHE

D. PRATICHE DISCRIMINANTI

Applicare condizioni dissimili per prestazioni equivalenti determinando svantaggio concorrenziale ingiustificato (2 l. 287/90)

Manovra concertata, altrimenti abuso di posizione dominante

Proporzionalità tra condizioni praticate e costi affrontati

Boicottaggio: rifiuto collettivo concertato da più imprese di contrattare con altra al fine di estrometterla dal mercato

Distribuzione selettiva: casi Metro I (1977) e Metro II (1986); lecita solo su criteri obiettivi e non discriminatori (selezione qualitativa) e senza ingiustificate distorsioni della concorrenza *intra-brand*

Reg. 330/2010: esenzione accordi di d.s. a condizione che non vi siano clausole *black list* (art. 4)



LE FATTISPECIE TIPICHE

E. CLAUSOLE GEMELLATE

Tying contracts o **contratti leganti**: subordinano la conclusione di contratti all'acquisto di prestazioni supplementari che, per natura o secondo gli usi commerciali, non hanno alcun nesso con gli stessi

Trasferimento del potere di mercato in altro settore contiguo: caso Windsurf (1986)

Es.: titolare di licenze di brevetto o *know-how* che impone ulteriori brevetti, prodotti o servizi non desiderati e non strettamente necessari allo sfruttamento tecnico del primo

Limiti meno stringenti per i trasferimenti di tecnologia (reg. 27.4.2004 n. 772)



FATTISPECIE ATIPICHE

Elenco non tassativo, nuove forme collusive

PRATICHE FACILITANTI

- Scambio di **informazioni dettagliate e confidenziali** tra concorrenti: agevola le manovre sui prezzi o restrizioni della produzione (es. assicurazioni, carburanti)
- Scambio di informazioni al fine di alterare lo svolgimento di **gare**: agisce sui prezzi di offerta

Orientamento rigoristico AGCM e Commissione UE (Linee Guida 14.1.2011): anticoncorrenziale lo **scambio di informazioni sensibili** per adottare decisioni strategiche per le imprese, aumenta il rischio di collusione

Effetti restrittivi maggiori quanto più il mercato sia trasparente e concentrato



DEROGHE LEGALI

Potere discrezionale di esenzione individuale (4 condizioni). Ora sostituito dall'accertamento *ex post* di inapplicabilità (Reg. 1/2003).

1. (positiva) l'accordo deve contribuire a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico ed economico
 - Vantaggi oggettivi di rilievo compensativi della limitazione
 - L. 287/90: rilevanza esoneri volti ad assicurare alle imprese concorrenzialità internazionale (obiettivi di politica industriale)
2. (positiva) agli utilizzatori (consumatori) deve essere riservata congrua parte del beneficio che ne deriva (obiettivo redistributivo)
3. (negativa) assenza restrizioni non indispensabili (5 TUE)
4. (negativa) i partecipanti non devono poter eliminare la concorrenza per parte sostanziale dei prodotti



REGOLAMENTI DI ESENZIONE

Regolamenti “di nuova generazione”: esenzione non più settoriale ma generale

Reg. 2790/99 su intese verticali: esentabili intese che non contengono restrizioni da “lista nera” stipulate tra imprese prive di un significativo potere di mercato

Intese orizzontali:

Reg. 1217/10 su accordi R&S di prodotti o procedimenti o per lo sfruttamento congiunto dei risultati conseguiti, purchè la quota di mercato complessiva sia $<25\%$

Reg. 1218/10 su accordi di specializzazione produttiva; quota di mercato congiunta $<20\%$

Settoriali: Reg. 1400/02 sugli accordi verticali nel settore automobilistico

Reg. 461/10: accordi verticali su riparazione e ricambi auto



II LE INTESE “BUONE”





Art. 101.3 TFUE

Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili:

- *a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese,*
 - *a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e*
 - *a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate,*
- che contribuiscano a **migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti** o a **promuovere il progresso tecnico o economico**, pur **riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile** che ne deriva, ed evitando di*
- a) *imporre alle imprese interessate **restrizioni che non siano indispensabili** per raggiungere tali obiettivi;*
 - b) *dare a tali imprese la possibilità di **eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti** di cui trattasi*



Art. 4 l. 287/90

Deroghe al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza

1. *L'Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'articolo 2, che diano luogo a **miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato** i quali abbiano effetti tali da comportare un **sostanziale beneficio per i consumatori** e che siano individuati anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria **concorrenzialità sul piano internazionale** e connessi in particolare con l'**aumento della produzione**, o con il **miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione** ovvero con il **progresso tecnico o tecnologico**. L'autorizzazione non può comunque consentire **restrizioni non strettamente necessarie** al raggiungimento delle finalità di cui al presente comma né può consentire che risulti **eliminata la concorrenza da una parte sostanziale del mercato**.*
2. *L'Autorità può revocare il provvedimento di autorizzazione in deroga di cui al comma 1, previa diffida, qualora l'interessato abusi dell'autorizzazione ovvero quando venga meno alcuno dei presupposti per l'autorizzazione.*
3. *La richiesta di autorizzazione è presentata all'Autorità, che si avvale dei poteri di istruttoria di cui all'articolo 14 e provvede entro centoventi giorni dalla presentazione della richiesta stessa.*



INTESE ORIZZONTALI

Fonte: **Linee guida Com. CE 2011/C 11/01**

Cooperazione orizzontale: tra **concorrenti** effettivi, potenziali e non concorrenti (es. mercati geografici diversi senza essere concorrenti potenziali)

Pro: condivisione dei rischi, economie, aumento degli investimenti, *know-how* in comune, migliore qualità e varietà dei prodotti, lancio più rapido delle innovazioni

Contro: può produrre effetti negativi su **prezzi, produzione, innovazione, varietà e/o qualità** dei prodotti

- Comprende anche accordi verticali conclusi tra imprese concorrenti (prevale ipotesi più grave)
- Non comprende accordi orizzontali che conducano ad una concentrazione (si applica reg. concentrazioni)

Scambio informazioni, R&S, produzione, acquisto in comune, commercializzazione, normazione tecnica



INTESE ORIZZONTALI

I. ACCORDI R&S

Forme diverse, no oggetto anticompetitivo. Finalità:
ampliare l'offerta con nuovi prodotti/procedimenti

Possono però ridurre o frenare l'innovazione o restringere
la concorrenza nel mercato dei beni o delle tecnologie

Restrizione della concorrenza improbabile in caso di:

- Cooperazione nella sola ricerca, magari di base
- Imprese non concorrenti
- Tecnologie complementari

Effetti anticoncorrenziali più probabili in caso di potere di
mercato significativo (oltre 25%), riduzione concorrenza
nel settore dell'innovazione, sfruttamento risultati R&S



INTESE ORIZZONTALI

II. ACCORDI DI PRODUZIONE IN COMUNE

Alcune fasi produttive svolte da una sola parte o tramite impresa comune o tramite specializzazione/subfornitura

Implicazioni anticoncorrenziali:

- Fissazione capacità produttiva e produzione effettiva
- Coordinamento collusivo in mercati a valle
- Uniformazione dei costi (specie su beni finali)

Indici:

- Quota di mercato $>20\%$
- Concentrazione del mercato
- Dinamicità del mercato
- Altri accordi simili su quel mercato



INTESE ORIZZONTALI

III. ACCORDI DI ACQUISTO IN COMUNE

Obiettivo: incrementare il potere contrattuale verso fornitori per ottenere vantaggi su prezzo e condizioni di acquisto

1. Implicazioni su **mercati d'acquisto**: effetti su qualità e varietà dei prodotti forniti
2. Implicazioni sui **mercati a valle**: riduzione della varietà, uniformazione dei costi, trasparenza sulle quantità.
Effetto finale: elevata simmetria, *quiet life*, collusione.
Vantaggi di prezzo non trasferiti a valle, **riduzione benessere** per i consumatori (stessi prezzi, < varietà)
3. Implicazioni ulteriori: imposizione di esclusive, assorbimento integrale delle forniture

Potere di mercato >15%



INTESE VERTICALI

Fonte: **Orientamenti sulle restrizioni verticali (Com. CE 411/2010)**

Ratio: diverso livello filiera, imprese con interessi opposti

Effetti anticoncorrenziali solo quando:

- la concorrenza ad uno o più livelli sia insufficiente
- elevato potere di mkt fornitore/acquirente/entrambi

Necessità di prevenire:

1. Barriere all'ingresso o all'espansione
2. Riduzione concorrenza o collusione tra fornitori
3. Riduzione concorrenza o collusione tra acquirenti
4. Ostacoli all'integrazione di mercato a danno della facoltà di scelta dei consumatori

Rischi: aumento prezzi, scelte limitate, meno qualità/innov.



INTESE VERTICALI

Riduzione concorrenza *intra*brand compensata dalla concorrenza *inter*brand

Clausole di esclusiva, non concorrenza, quantità minime

Fondamentale l'individuazione della struttura del mercato:

- Posizione di mercato delle parti
- Posizione di mercato dei concorrenti
- Posizione di mercato degli acquirenti del prodotto
- Esistenza di barriere all'ingresso
- Grado di maturità ($>/<$ volatilità) del mercato
- Livello della catena commerciale
- Natura del prodotto

Ed anche: presenza di reti di accordi simili



INTESE VERTICALI

TIPOLOGIE

I. MONOMARCHISMO

L'impresa a valle è indotta a concentrare gli ordini di un determinato prodotto presso un unico fornitore

Clausole correlate: non concorrenza, volumi minimi. Rischi:

1. Gli altri fornitori (attuali o potenziali) non potrebbero vendere a determinati clienti (esclusione dal mercato)
2. Irrigidisce le quote di mercato, collusione tra fornitori
3. Eliminazione concorrenza *interbrand* nei punti vendita
4. Vendite abbinate, aumento prezzi

Valutare potere di mercato del fornitore e pressione concorrenziale, durata vincolo (<1, 1-5, 5+ anni)

Posizione dei concorrenti (<5, <30, <50% aggregato)

Livello catena: prodotto intermedio (<rischio) o finale (>)



INTESE VERTICALI TIPOLOGIE

II. DISTR. ESCLUSIVA, SELETTIVA, *FRANCHISING*

1. Distribuzione esclusiva

Unico distributore dei prodotti di un fornitore in un determinato territorio

Limite alla vendita attiva in altri territori oggetto di esclusive altrui

Riduzione concorrenza *intrabrand*, segmentazione mkt, discriminazione di prezzo. Diffusione di tali accordi: rischio collusione, indebolimento concorrenza tra fornitori e tra distributori, preclusione di altri distributori

Da valutare la posizione di mercato

- Del fornitore: *intrabrand/interbrand*
- Dei concorrenti: forti = rischio collusione (sistemi simili)



INTESE VERTICALI TIPOLOGIE

2. Distribuzione selettiva

Limitazione non per territorio ma per **criteri di selezione** legati alla **natura dei prodotti** (es. di marca o di lusso)

Effetti anticoncorrenziali: riduzione c. *intrabrand*, preclusione distributori, indebolimento c., rischio collusione

Selezione **qualitativa**: meno grave se

- Giustificata da natura caratteristiche qualità uso del prodotto
- Selezione su **criteri oggettivi noti** e applicati **senza disparità**
- Criteri strettamente funzionali, non oltre il necessario

Selezione **quantitativa**: più grave, limita i rivenditori (es. livello min/max acquisti, numero fisso rivenditori)

Elementi di valutazione:

1. Posizione di mercato di fornitore e concorrenti
2. Reti di DS già attive
3. No effetti distorsivi se QM interessata $<50\%$ o $>50\%$ ma $5 < 50\%$



INTESE VERTICALI TIPOLOGIE

3. *Franchising*

Affiliazione commerciale (l. 129/04)

Licenza su **diritti IP**, assistenza tecnica o commerciale

Costituzione di reti di vendita senza grandi investimenti (formula commerciale sperimentata), *entrance fee* e *royalties*, effetti proconcorrenziali

Può comportare obblighi di non concorrenza, esclusive, DS

Più **know-how** si cede, minore rischio anticoncorrenziale

Obbligo di non concorrenza:

- Può essere necessario per reputazione/identità rete
- Non rileva la durata, se uguale al *franchising*

Meno grave di accordi di distribuzione esclusiva o selettiva



INTESE VERTICALI TIPOLOGIE

III. RESTRIZIONI DI PREZZO

Imposizione prezzo di rivendita del produttore, acquirente obbligato o indotto a rivendere a **prezzo fisso o minimo**

Impatto anticoncorrenziale forte:

- Aumenta trasparenza prezzi sul mercato, rischio collusione
- Limita concorrenza *intra-brand*, collusione tra acquirenti
- Indebolimento concorrenza tra produttori o tra dettaglianti
- Impedisce ai distributori di abbassare il prezzo di rivendita

Finalità di precludere il mercato a concorrenti minori

Riduzione dinamismo e innovazione distributiva (discount)

Anche **prezzi massimi o raccomandati**, ma meno grave, salvo indebolimento concorrenza, rischio collusione, posizione di mercato del fornitore



SITI CONSIGLIATI

- www.osservatorioantitrust.eu
- www.associazioneantitrustitaliana.it
- www.antitrustisti.net
- www.orizzontideldirittocommerciale.it
- www.treccani.it/enciclopedia/scienze_sociali_e_storia/diritto/