



**POLICY ANTITRUST DEL GRUPPO FERROVIE DELLO
STATO ITALIANE**

ALLEGATO 2

MANUALE DI COMPLIANCE ANTITRUST

PREMESSA



Le norme sulla concorrenza, sia europee sia italiane, in tema di intese restrittive e di abusi di posizione dominante (“normativa *antitrust*”) hanno ormai assunto un ruolo centrale nella disciplina dell’attività delle imprese operanti in tutti i settori della vita economica.

La violazione di tali norme espone, infatti, le imprese (i) a sanzioni amministrative significativamente elevate, (ii) alla nullità dei contratti posti in essere in violazione delle norme *antitrust*, (iii) a danni di tipo reputazionale, (iv) al rischio di subire giudizi risarcitori promossi in sede civile, (v) al rischio di essere escluse da gare pubbliche laddove l’illecito *antitrust* sia considerato dalla stazione appaltante un “*illecito professionale grave*” ai sensi dell’art. 95, comma 1, lett. e) del D. Lgs. n. 36/2023¹, nonché – in alcuni casi – (vi) al rischio che i dipendenti che abbiano materialmente posto in essere l’illecito siano esposti in prima persona all’applicazione di sanzioni amministrative e penali.

Le azioni per violazione della normativa *antitrust* – che possono essere promosse tanto dalle autorità di concorrenza (c.d. *public enforcement*) quanto dalle vittime di illeciti concorrenziali (c.d. *private enforcement*) – sono aumentate considerevolmente negli ultimi anni e sono peraltro destinate ad intensificarsi dato l’impegno proclamato dalla Commissione europea (“Commissione”) e dalle autorità di concorrenza nazionali – in *primis* l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“AGCM”) – a proseguire nella politica di repressione degli illeciti concorrenziali.

In considerazione di quanto precede, Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A. (“FS”) intende assicurare che la conduzione degli affari delle società del gruppo (congiuntamente, il “Gruppo”) avvenga nel pieno rispetto della normativa *antitrust*. La presente guida (“Guida” o “Manuale”) ha dunque lo scopo, da un lato, di descrivere i limiti imposti dalla normativa *antitrust* nazionale e dell’Unione Europea, dall’altro di illustrare le cautele da adottare e le condotte, invece, da evitare al fine di garantire il pieno rispetto della suddetta disciplina.

¹ Per le società estere si applica la normativa locale vigente in materia, ove presente.

Il Manuale è corredato dal Codice di Condotta Antitrust, un vademecum operativo che raccoglie, in forma sintetica, per esigenze di consultazione rapida e tempestiva, le principali regole di comportamento da adottare qualora si ravvisi o si debba affrontare una delle seguenti circostanze: (i) possibile iniziativa in violazione della normativa *antitrust*; (ii) attività ispettive condotte da un'autorità di tutela della concorrenza; (iii) gestione di una procedura ad evidenza pubblica nel ruolo di stazione appaltante.

In considerazione di quanto sopra, FS richiede che tutti i dipendenti delle società del Gruppo, nell'espletamento della propria attività professionale, rispettino rigorosamente i limiti imposti dalla normativa *antitrust* e osservino con attenzione le prescrizioni previste nel presente Manuale.

INDICE

PARTE I: INTESE E PRATICHE CONCORDATE	7
1. NOZIONI FONDAMENTALI	7
1.1 I DIVIETI DI INTESE RESTRITTIVE	7
1.2 LA NOZIONE DI “IMPRESA” E GLI ACCORDI INFRAGRUPPO	7
1.3 LA NOZIONE DI “ACCORDO”	8
1.4 LA NOZIONE DI “PRATICA CONCORDATA”	8
1.5 LE DELIBERE DELLE ASSOCIAZIONI DI IMPRESE	10
1.6 IL PRINCIPIO DI ECCEZIONE LEGALE	11
2. RESTRIZIONI ORIZZONTALI DELLA CONCORRENZA	12
2.1 FATTISPECIE PIÙ GRAVI DI INTESE ORIZZONTALI	12
2.2 INTESE TRA CONCORRENTI NELL’AMBITO DELLA PARTECIPAZIONE A GARE	15
2.3 ACCORDI DI COOPERAZIONE ORIZZONTALE	17
2.4 REGOLE DI COMPORTAMENTO RELATIVE AI RAPPORTI CON I CONCORRENTI	20
3. RESTRIZIONI VERTICALI DELLA CONCORRENZA	23
3.1 FATTISPECIE DI INTESE VERTICALI	23
3.2 DUPLICE DISTRIBUZIONE	26
3.3 REGOLE DI COMPORTAMENTO PER LE RELAZIONI VERTICALI	28
PARTE II: ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE	29
4. NOZIONI FONDAMENTALI	29
4.1 LA DETENZIONE DI UNA POSIZIONE DOMINANTE	29
4.2 CONDOTTE POTENZIALMENTE ABUSIVE	30
4.2.1 IMPOSIZIONE DI PREZZI O CONDIZIONI COMMERCIALI INIQUHE	31
4.2.2 LE LIMITAZIONI DELLA PRODUZIONE, DEGLI SBOCCHI DI MERCATO O DELLO SVILUPPO TECNICO A DANNO DEI CONSUMATORI - RIFIUTO A CONTRARRE	32
4.2.3 COMPORTAMENTI DISCRIMINATORI A DANNO DI CLIENTI O IMPRESE ESTRANEE ALL’IMPRESA IN POSIZIONE DOMINANTE	36
4.2.4 TYING E BUNDLING	38
4.2.5 OBBLIGHI DI ESCLUSIVA O DI ACQUISTO MINIMO	38
4.2.6 SISTEMI DI SCONTO	39
4.2.7 ABUSI ATIPICI	40
4.3 L’ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA	42
4.4 SEPARAZIONE SOCIETARIA E OBBLIGO DI PREVENTIVA COMUNICAZIONE ALL’AUTORITÀ	43
4.5 REGOLE DI COMPORTAMENTO NEI MERCATI IN CUI IL GRUPPO È DOMINANTE E NEI RAPPORTI CON IMPRESE IN POSIZIONE DI DIPENDENZA ECONOMICA	44

PARTE III: CONCENTRAZIONI	46
5. NOZIONI FONDAMENTALI	46
5.1 DEFINIZIONE DI “CONCENTRAZIONE”	46
5.2 SOGLIE DI NOTIFICA (DIFFERENZA UE/ITA)	48
5.3 POSSIBILI ESITI DEL PROCEDIMENTO DI CONTROLLO DELLE CONCENTRAZIONI	49
5.4 RISCHI DERIVANTI DALLA MANCATA NOTIFICA	50
5.5 <i>FOREIGN SUBSIDIES REGULATION</i> (“FSR”)	50
5.6 REGOLE DI COMPORTAMENTO RELATIVE ALLE CONCENTRAZIONI E FSR	52
PARTE IV: I POTERI DELLE AUTORITÀ DI CONCORRENZA	53
6. POTERI DI INDAGINE	53
6.1 ISPEZIONI E RICHIESTE DI INFORMAZIONI	53
6.2 COOPERAZIONE CON ALTRE AUTORITÀ	55
6.3 REGOLE DI COMPORTAMENTO DURANTE LE ISPEZIONI	56
PARTE V: CONSEGUENZE DELLE VIOLAZIONI DELLE NORME POSTE A TUTELA DELLA CONCORRENZA	57
7. CONSEGUENZE DELLE VIOLAZIONI DELLE NORME POSTE A TUTELA DELLA CONCORRENZA	57
7.1 SANZIONI	57
7.2 ORIENTAMENTI DELLA COMMISSIONE	58
7.3 LINEE GUIDA DELL’AGCM	59
7.4 LENIENCY	60
7.5 LA PROCEDURA DI TRANSAZIONE O <i>SETTLEMENT</i>	61
8. SANZIONI PENALI A CARICO DI AMMINISTRATORI E DIPENDENTI	62
9. NULLITÀ DEGLI ACCORDI E RISARCIMENTO DEL DANNO	62
10. DANNO ALL’IMMAGINE DELL’IMPRESA	63

LEGENDA



Riferimento normativo²



Consiglio



Nota importante

² Per le società estere si applica la normativa locale vigente in materia, ove presente.

PARTE I: INTESE E PRATICHE CONCORDATE



1. NOZIONI FONDAMENTALI

1.1 I DIVIETI DI INTESE RESTRITTIVE

L'art. 101, par. 1, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea ("TFUE") e l'art. 2 della Legge n. 287/1990 ("**Legge**") vietano gli accordi tra imprese, le pratiche concordate e le decisioni di associazioni di imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza (di seguito "**Intese**").



Non esiste un elenco esaustivo di fattispecie vietate, ma le **forme più gravi** di Intese sono quelle volte alla:

- fissazione dei prezzi di acquisto o di vendita ovvero di altre condizioni contrattuali;
- ripartizione dei mercati, dei clienti, del territorio o delle fonti di approvvigionamento;
- definizione congiunta di strategie commerciali;
- applicazione di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti che possono, ad esempio, avere lo scopo di boicottare determinati clienti o concorrenti.

Sono sottratti al divieto, in quanto non idonei a restringere in modo consistente il gioco della concorrenza, gli **accordi detti di "importanza minore"** che consistono nelle intese (i) tra concorrenti che coinvolgono imprese con una quota di mercato congiunta inferiore al 10% e (ii) tra non concorrenti che coinvolgono imprese con una quota di mercato inferiore al 15%³.

1.2 LA NOZIONE DI "IMPRESA" E GLI ACCORDI INFRAGRUPPO

La normativa *antitrust* considera impresa qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica indipendente, a prescindere dal suo statuto giuridico e dalle modalità di organizzazione e finanziamento. Nel caso di persone giuridiche, la nozione di impresa individua l'unità economica

³ Purché gli stessi non abbiano "per oggetto" di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato interno (ad esempio, accordi aventi ad oggetto la fissazione dei prezzi in caso di vendita dei prodotti a terzi, la limitazione della produzione o delle vendite, la ripartizione dei mercati o della clientela) o contengano "restrizioni fondamentali" o elencate come tali in regolamenti di esenzione per categoria attuali o futuri della Commissione (cfr. infra, § 3).

di appartenenza del soggetto considerato, che generalmente coincide con il gruppo di appartenenza. Pertanto, le intese tra persone giuridiche appartenenti al medesimo gruppo non rilevano ai sensi dell'art. 101 del TFUE o dell'art. 2 della Legge.

In applicazione di tale principio, si può escludere che gli accordi conclusi tra le varie società del Gruppo possano essere considerati “intese” da un punto di vista *antitrust*, specie laddove gli stessi abbiano lo scopo di attuare una ripartizione dei compiti all'interno del Gruppo e se le imprese che ne fanno parte perseguono un'unica strategia imprenditoriale. Un'analisi caso per caso appare opportuna qualora si tratti di accordi conclusi tra una società appartenente al Gruppo ed un'impresa a cui partecipino società del Gruppo ed un'impresa terza.



1.3 LA NOZIONE DI “ACCORDO”

Rientrano nella nozione di accordo tutti i casi in cui due o più imprese esprimono – anche tacitamente – la comune volontà di adottare una determinata condotta sul mercato a prescindere dalle modalità con cui l'intento comune si manifesta. Nel campo di applicazione del divieto rientra pertanto **qualsiasi forma di accordo**, scritto o orale, quali a titolo di esempio:

- gli accordi conclusi in modo informale anche da dipendenti privi del potere di impegnare l'impresa;
- I c.d. “*gentlemen's agreements*”;
- gli accordi giuridicamente non vincolanti;
- gli accordi che non impongono obblighi precisi alle parti;
- gli accordi che non prevedono sanzioni in caso di inadempimento.

1.4 LA NOZIONE DI “PRATICA CONCORDATA”

La pratica concordata è definita nel diritto *antitrust* come quella forma di coordinamento tra imprese che, pur senza concretizzarsi in un vero e proprio accordo, costituisce una consapevole collaborazione a danno della concorrenza.

Elementi essenziali di questa fattispecie sono: (i) l'esistenza di una qualche forma, diretta o indiretta, di “contatto” tra le imprese che consenta loro di conoscere le rispettive strategie commerciali o, quantomeno, di ridurre l'incertezza su come un concorrente agirà sul mercato e (ii) una potenziale ricaduta di tale situazione sulla condotta delle imprese coinvolte, nel senso che queste, nell'assumere le proprie decisioni commerciali, potranno tenere conto dell'informazione ottenuta.

Un tipico esempio di pratica concordata è lo **scambio di informazioni commerciali sensibili** tra imprese concorrenti. Vi rientrano, ad esempio, le informazioni riguardanti il prezzo di vendita, gli sconti e/o le altre condizioni praticate o da praticare, gli aumenti di prezzo, le campagne promozionali, i costi della produzione, inclusi quelli relativi alla remunerazione dei dipendenti, le fonti di approvvigionamento, il livello della produzione, le aree di sviluppo strategico, l'identità dei clienti, le strategie di investimento commerciali, pubblicitarie, produttive, di ricerca e sviluppo, *etc.* (“**Informazioni Sensibili**”).



Ai fini dell'accertamento dell'esistenza di una pratica concordata, rileva anche solo l'evidenza di un contatto nell'ambito del quale vengono scambiate Informazioni Sensibili, in quanto si presume che, in assenza di una chiara manifestazione di dissenso rispetto allo scambio di informazioni (dissociazione), l'impresa che le ha ricevute ne terrà conto ai fini della determinazione della propria politica commerciale.

I contatti possono consistere in:

- incontri tra concorrenti;
- discussioni tra concorrenti, anche solo informali (ad es., tramite e-mail o telefonate), su questioni relative alle rispettive strategie commerciali;
- annunci pubblici unilaterali circa la strategia commerciale futura di un'impresa (ad es., in merito ad un futuro aumento dei prezzi);
- scambi di informazioni indirette (ossia per mezzo di soggetti terzi).

Rientrano in tale ultima categoria gli scambi di Informazioni Sensibili che avvengono senza il contatto diretto tra concorrenti, bensì per il **tramite di soggetti terzi** quali, ad esempio, clienti, fornitori o consulenti in comune tra due o più concorrenti o operatori che gestiscono *database* attraverso i quali sia possibile raccogliere e condividere informazioni (c.d. *Hub&Spoke*)⁴.

Inoltre, nelle sue forme più sofisticate, lo scambio può avvenire anche attraverso l'uso di algoritmi di coordinamento comportamentale che consentano di concordare parametri essenziali per la concorrenza.

Le autorità di concorrenza possono trarre evidenza di una pratica concordata anche dall'esistenza di **comportamenti paralleli** (ad es., aumenti contestuali di prezzo di pari ammontare o sconti e sistemi di sconto identici) quando tale parallelismo non trovi altra spiegazione se non la concertazione anticoncorrenziale.



Ciò non vuol dire dunque che il parallelismo sia sempre vietato ma semplicemente che esso può rappresentare un chiaro indizio di una concertazione anticoncorrenziale. In sostanza: il parallelismo è lecito solo se è il frutto di scelte indipendenti (e non precedute da contatti) di adattarsi in modo intelligente alle condizioni strutturali del mercato, ancorché siano ispirate, ad esempio, dalle scelte operate da concorrenti e osservate sul mercato.

⁴ A tal proposito, la Corte di Appello inglese ha precisato che, affinché un'informazione scambiata tra due operatori concorrenti attraverso un terzo intermediario integri un illecito anticoncorrenziale, è necessario provare (i) l'avvenuto scambio di informazioni attraverso l'intermediario, (ii) l'intenzione dell'impresa di fornire l'informazione al proprio concorrente e che (iii) quest'ultimo fosse consapevole della provenienza dell'informazione e l'abbia utilizzata per definire la propria politica commerciale (cfr. Caso 1022/1/1/03, [2004] CAT 17 *JJB Sports plc v Office of Fair Trading* e caso *Argos limited and Littlewoods Ltd v OFT, JJB Sports plc v OFT* [2006].).

Benché l'allineamento della politica commerciale non costituisca di per sé un'infrazione ai sensi della normativa antitrust, occorre prestare la massima attenzione a che tali comportamenti non siano il risultato di comunicazioni, contatti o scambi di Informazioni Sensibili (diretti o indiretti) con le imprese concorrenti.



Nel caso I/759 – Forniture Trenitalia (2015), l'AGCM ha accertato un'intesa tra tredici società attive nell'ambito della fornitura di beni e servizi elettromeccanici per il settore ferroviario ("Parti"), con riferimento a procedure pubbliche d'acquisto indette dalla stazione appaltante Trenitalia. Le Parti avevano concordato, ai danni di Trenitalia, le modalità di partecipazione a tali procedure, al fine di preordinarne gli esiti, mediante continui contatti (corrispondenza e-mail, elaborazione comune di dati, comunicazioni telefoniche, incontri fisici, *etc.*) e scambi di informazioni sensibili, con il fine di ripartire le commesse e fissare congiuntamente i relativi prezzi di riferimento. Per monitorare meglio la spartizione delle commesse, le Parti utilizzavano delle tabelle schematiche di riepilogo, che registravano le posizioni di debito o credito dei singoli soggetti partecipanti all'intesa. In tal modo, le imprese a credito per procedure passate maturavano diritti per procedure future, nella forma dell'impegno dell'aggiudicatario (i) a non partecipare alle stesse, oppure (ii) a cedere parte della commessa (attraverso sub-appalti, sub-contratti, specifici ordinativi, forniture incrociate, *etc.*).

EXAMPLE

1.5 LE DELIBERE DELLE ASSOCIAZIONI DI IMPRESE

Le norme di concorrenza non vietano alle imprese di partecipare ad incontri con i propri concorrenti all'interno delle associazioni di imprese né a queste ultime di operare.

La nozione di associazione di imprese è molto ampia e ricomprende qualsiasi tipologia di organismo o ente associativo che, indipendentemente dal perseguimento di uno scopo di lucro o non, dall'essere dotato o meno di personalità giuridica e dall'aver natura pubblicistica o privatistica, sia in grado di esprimere la volontà collettiva delle imprese che vi aderiscono.

Le delibere di associazioni di imprese, qualunque forma giuridica assumano (ad esempio, regolamenti, norme statutarie, delibere, circolari, raccomandazioni) e indipendentemente dalla circostanza che siano vincolanti per i membri, ricadono tra le intese restrittive della concorrenza quando inducono gli associati a determinare in concreto un coordinamento del loro comportamento sul mercato.

Tale effetto può derivare, ad esempio, da decisioni che richiedono agli associati di adottare determinate strategie commerciali, di scambiarsi regolarmente Informazioni Sensibili oppure di ripartirsi clienti o mercati.

Le associazioni di imprese possono invece legittimamente:

- svolgere attività di rappresentanza di interessi, ad esempio in riferimento a proposte di legge;
- fissare *standard* tecnici comuni che non hanno effetti restrittivi sulla concorrenza, tenuto conto

- delle specifiche circostanze in cui vengono adottati, nonché rappresentare le imprese del settore presso gli organismi competenti (ad esempio, in materia di sicurezza);
- elaborare codici generali di condotta purché gli stessi non abbiano ad oggetto, direttamente o indirettamente, la politica commerciale delle imprese aderenti;
 - raccogliere informazioni statistiche storiche sull'andamento dell'attività delle imprese associate, a condizione che tali informazioni siano elaborate su base aggregata e in modo da non consentire di conoscere l'andamento economico delle singole imprese;
 - condurre ricerche di mercato a condizione che le stesse non abbiano, per oggetto o come effetto, l'uniformazione delle strategie commerciali degli associati;
 - fornire informazioni generali, assistenza e supporto ai propri associati;
 - avviare contrattazioni collettive con i sindacati;
 - svolgere attività di pubbliche relazioni a favore dei propri associati;
 - organizzare corsi e programmi di aggiornamento professionale.

In caso di violazione delle norme *antitrust*, sia l'associazione sia i suoi membri possono essere ritenuti responsabili e possono pertanto essere condannati al pagamento di sanzioni.

In seno a tali associazioni occorre in sostanza discutere esclusivamente di profili tecnici o attinenti alla tutela della categoria ed assolutamente evitare qualsiasi confronto che riguardi Informazioni Sensibili.



1.6 IL PRINCIPIO DI ECCEZIONE LEGALE

Allorché un'intesa ricada nel divieto dell'art. 101, par. 1, del TFUE (o dell'art. 2 della Legge) essa potrebbe comunque beneficiare di una **eccezione a tale divieto** qualora soddisfi le condizioni previste dall'art. 101, par. 3 del TFUE.

Perché l'intesa soddisfi dette condizioni essa deve: i) contribuire a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti/servizi oggetto dell'intesa ovvero a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva; ii) evitare di imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; iii) evitare di dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

Spetterà dunque alle imprese coinvolte valutare, di volta in volta, se astenersi dall'attuare l'intesa in quanto non compatibile con il diritto antitrust, oppure attuarla in quanto ragionevolmente meritevole di esenzione ai sensi dell'art. 101, par. 3 del TFUE.

2. RESTRIZIONI ORIZZONTALI DELLA CONCORRENZA

Le intese orizzontali, ossia quelle tra imprese in concorrenza tra loro (attuale o potenziale⁵) sono tipicamente considerate maggiormente lesive della concorrenza rispetto a quelli verticali, perché possono più facilmente tradursi in limitazioni della concorrenza a danno dei consumatori e possono più difficilmente essere giustificate da benefici per i consumatori.

2.1 FATTISPECIE PIÙ GRAVI DI INTESE ORIZZONTALI

Tra le forme di intese orizzontali ritenute **violazioni gravi** alle regole della concorrenza, tali da comportare l'irrogazione di pesanti sanzioni pecuniarie, rientrano quelle aventi ad oggetto:

- (i) la fissazione dei prezzi: prezzi attuali o futuri, livelli di sconto, criteri per l'ottenimento di sconti, aumenti dei prezzi, tempistica dell'aumento dei prezzi, adozione di prezzi diversi per differenti tipologie di clienti, margini di profitto;

Nel caso *Car battery recycling*, la Commissione europea ha accertato che quattro imprese operanti nel settore del riciclaggio del piombo avevano posto in essere un'intesa consistente nella fissazione dei prezzi – sia al fine di provocarne una riduzione, sia per impedirne l'aumento – per l'acquisto di batterie esauste per autoveicoli al piombo-acido utilizzate per il riciclaggio del piombo in Belgio, Germania, Francia e Paesi Bassi. Le imprese coinvolte avevano coordinato il loro comportamento scambiandosi informazioni e accordandosi sui prezzi attuali o futuri offerti ai fornitori, sui volumi previsti di acquisti, sui livelli attuali di *stock* e sui livelli di attività (per esempio, l'inattività temporanea degli impianti di fusione o la riduzione temporanea della forza lavoro).

- (ii) l'uniformazione di condizioni contrattuali diverse dal prezzo: ad esempio, modalità di pagamento, condizioni generali di contratto, servizi di assistenza ai clienti;

Nel caso *Mercato Dei Servizi Tecnici Accessori* l'AGCM ha accertato un'intesa riguardante l'erogazione dei servizi di manutenzione correttiva avente ad oggetto sia i prezzi, sia le condizioni contrattuali del servizio (ad esempio livelli di qualità garantita). Il provvedimento in questione è stato annullato dal Consiglio di Stato, per motivi non inerenti alle condotte contestate.

⁵ Per concorrente potenziale si intende un operatore che non si pone in un rapporto di concorrenza diretta con l'impresa attiva nel mercato di riferimento perché produce un bene o un servizio diverso ma contiguo, ovvero perché pur producendo lo stesso bene oppure un bene fungibile opera in un'altra area geografica contigua a quella di riferimento oppure perché è titolare di un prodotto in via di sviluppo e si accinge ad entrare nel mercato di riferimento.

- (iii) la ripartizione dei clienti: (ad esempio, un patto con cui i partecipanti si impegnano a non aggredire i clienti altrui);

Nel caso *Blocktrains* la Commissione ha accertato un cartello protrattosi dal 2004 al 2012 fra tre operatori, K+N, EXIF e Schenker, attivi nella prestazione di servizi di trasporto ferroviario di merci con treni completi (c.d. blocktrains) tra l'Europa centrale e sudorientale. Il cartello, che consisteva nella ripartizione e "prenotazione" di certi clienti o volumi di trasporto e nel coordinamento dei prezzi, si è realizzato tramite accordi di ripartizione che consentivano un dettagliato monitoraggio del piano di "prenotazione" dei clienti concordato. Più precisamente, le parti coinvolte nel cartello hanno: (i) ripartito sia i clienti esistenti che quelli nuovi, (ii) istituito un piano di "prenotazione" dei clienti, comprensivo di un sistema di notifica per quelli nuovi, (iii) scambiato informazioni riservate su richieste specifiche dei clienti, (iv) condiviso volumi di trasporto, e (v) coordinato direttamente i prezzi comunicando reciprocamente le offerte da applicare ai clienti e discutendo i prezzi da riservare a taluni specifici clienti.

- (iv) la ripartizione dei mercati: attribuzioni reciproche di territori, gruppi di prodotti o fonti di approvvigionamento tra concorrenti, ad esempio: due imprese si accordano per vendere prodotti/sevizi una nel Nord Italia, l'altra nel Sud Italia;

È possibile che la ripartizione dei mercati avvenga, talvolta, anche con modalità più sofisticate. Nel caso *Teva/Cephalon* la Commissione ha ritenuto che costituissero un accordo di ripartizione dei mercati vietato l'accordo transattivo con cui le società farmaceutiche Cephalon (titolare di un brevetto su un particolare principio attivo) e Teva (che ne aveva sviluppato la versione generica) avevano convenuto che quest'ultima differisse per un certo periodo la commercializzazione del farmaco generico, a fronte di consistenti pagamenti e della concessione delle licenze su taluni brevetti e data set clinici da parte di Cephalon.

- (v) la cooperazione in relazione alla partecipazione alle gare: qualsiasi coordinamento del comportamento di imprese relativo alla partecipazione a gare, sia pubbliche che private (cfr. *infra*, § 2.1);

Nel caso Gare d'appalto bandite dall'arsenale marina militare di Taranto, l'AGCM ha accertato un'intesa anticoncorrenziale finalizzata alla spartizione delle gare attraverso l'adesione, singolarmente e/o in associazioni temporanee di imprese, a uno schema che prevedeva l'identificazione ex ante per ciascuna gara delle imprese vincitrici e di quelle perdenti. L'AGCM ha chiarito che la condotta contestata non è la partecipazione alle gare in forma di associazioni temporanee di imprese, bensì il coordinamento tra i potenziali concorrenti – imprese singole o raggruppate in associazioni temporanee di imprese – sulle modalità di partecipazione alle gare.

- (vi) la ripartizione delle quote di produzione o vendita: vi rientrano quei comportamenti (ad esempio, accordi, concertazioni, azioni parallele) tesi alla fissazione di prezzi-obiettivo, all'aumento del livello dei prezzi sino agli «obiettivi» convenuti, anche attraverso la riduzione della produzione, allo scambio di informazioni particolareggiate circa le rispettive attività sul mercato e le quote di produzione, alla ripartizione dei mercati in base a quote di mercato «ideali» o quote obiettivo;

Nel caso *Prezzi del cartone ondulato* l'AGCM ha accertato che i principali produttori di fogli di cartone ondulato, anche con il coinvolgimento della relativa associazione di categoria, avevano concordato l'applicazione di prezzi e aumenti comuni, nonché l'attuazione di fermi concordati agli stabilimenti produttivi al fine di ridurre le quantità di prodotto di modo da sostenere l'aumento del prezzo e preservare la propria marginalità.

- (vii) l'adozione di decisioni strategiche: ad esempio, il lancio di un nuovo prodotto o servizio o la definizione delle caratteristiche tecniche di un prodotto;

Nel caso *Car emissions* la Commissione europea ha accertato la sussistenza di un cartello tra cinque case automobilistiche avevano preso parte a riunioni tecniche con l'obiettivo di accordarsi sugli sviluppi tecnologici relativi alla riduzione catalitica selettiva, necessaria ad eliminare le emissioni nocive di ossido di azoto per le autovetture con motore diesel. I costruttori, nonostante possedessero già tecnologie in grado di ridurre le emissioni nocive ben oltre quanto richiesto dalla legge, si erano accordati per non conseguire risultati che superassero i requisiti previsti dalla normativa.

- (viii) la determinazione delle condotte commerciali: ad esempio, il boicottaggio di determinati clienti o la discriminazione nei confronti di determinate tipologie di clienti.

Nel caso *Ostacoli alle arene a titolo gratuito*, l'AGCM ha accertato un'intesa posta in essere da ANICA (Associazione Nazionale Industrie Cinematografiche Audiovisive e Multimediali), ANEC (Associazione Nazionale Esercenti Cinema) e ANEC Lazio che, travalicando i confini dell'attività associativa lecita, avrebbero realizzato una concertazione volta a ostacolare l'approvvigionamento dei film da parte delle arene a titolo gratuito. Tale azione di boicottaggio è consistita nell'uniformazione della strategia delle imprese di distribuzione verso dinieghi e condizionamenti nel rilascio delle licenze alle arene gratuite.

(ix) lo scambio di Informazioni Sensibili con i concorrenti, in qualsiasi forma esso avvenga;

Nel caso Progetto antifrode ANIA, l'AGCM ha avviato un procedimento nei confronti dell'Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici (ANIA) per un'intesa derivante da un "progetto antifrode" per i rami vita e danni, che prevedeva, tra l'altro, la realizzazione di banche dati e lo sviluppo di algoritmi comuni per determinare indicatori del rischio di frode. L'AGCM ha ritenuto vi fosse il rischio che lo sviluppo di algoritmi comuni potesse avere l'effetto di uniformare le condotte delle compagnie in fasi essenziali dell'attività assicurativa e che la condivisione di grandi quantità di dati potesse agevolare la collusione tra concorrenti. Inoltre, sussisteva il rischio che l'attività antifrode non fosse svolta a vantaggio di tutti gli stakeholders, determinando così una possibile preclusione anticoncorrenziale. Il caso si è chiuso con l'accettazione degli impegni proposti da ANIA.

A tal riguardo, occorre monitorare attentamente **le partecipazioni in *joint venture* ("JV") con i concorrenti** e le attività ad esse legate, nonché i contatti occorsi nell'ambito della valutazione/negoziazione/realizzazione di operazioni di concentrazione o di leciti contratti di cooperazione, atteso che possono in teoria condurre a scambi di Informazioni Sensibili tra le imprese che detengono partecipazioni nella JV ed altre condotte rilevanti ai fini *antitrust*. In simili casi, è necessario introdurre appositi *firewall* interni volti ad impedire che i concorrenti scambino Informazioni Sensibili diverse e ulteriori rispetto a quelle strettamente necessarie allo svolgimento delle attività della JV, dell'attività di valutazione/negoziazione/realizzazione o dell'accordo di cooperazione.



2.2 INTESE TRA CONCORRENTI NELL'AMBITO DELLA PARTECIPAZIONE A GARE

Meritano particolare attenzione le possibili forme di Intese tra concorrenti nell'ambito della partecipazione a gare, che possono assumere forme diverse quali, ad esempio:

- la *spartizione dei lotti* rispetto ai quali presentare offerta (c.d. "offerte a scacchiera");
- la *condivisione delle offerte economiche* presentate in sede di gara e/o la presentazione di c.d. offerte in appoggio;
- la *scelta comune di non partecipare alla gara*.

Tali condotte, oltre ad esporre le imprese al rischio di incorrere in sanzioni amministrative particolarmente elevate, possono dar luogo (in caso di gare pubbliche) a due ulteriori profili di rischio:

- (i) l'avvio di **procedimenti penali** a carico delle persone fisiche che hanno posto in essere l'Intesa per l'accertamento del reato di turbativa d'asta; a questo proposito, deve segnalarsi che, nel gennaio 2018, l'AGCM ha stipulato due Protocolli di intesa con le Procure della Repubblica di

Roma e Milano⁶, stabilendo un flusso costante di scambi di informazioni attinenti a indagini, procedimenti penali e amministrativi di rispettiva competenza, al fine di favorire un maggior coordinamento nella repressione di questo genere di condotte; appare quindi chiaro l'intento dell'AGCM di rendere ancor più pervasiva l'attività di *public enforcement* in questo settore⁷;

- (ii) il rischio di **esclusione dalla partecipazione a future gare d'appalto** per un periodo pari a tre anni dall'accertamento dell'illecito e/o di **risoluzione dei contratti in corso**. Il nuovo codice dei contratti pubblici⁸ prevede, infatti, tra i motivi di esclusione dalle gare pubbliche l'"*illecito professionale grave*", tale da mettere in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'impresa partecipante alla gara, dimostrato con mezzi adeguati dalla stazione appaltante. L'illecito professionale grave può desumersi da una sanzione esecutiva irrogata dall'AGCM (o da altra autorità di settore) rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto. I provvedimenti sanzionatori esecutivi resi dall'AGCM (o da altra autorità di settore) costituiscono mezzi di prova adeguati dell'illecito professionale grave. La causa di esclusione rileva per tre anni decorrenti dalla data del provvedimento ove la situazione di esclusione discenda da tale atto. In altri termini, sebbene il ricorrere di un provvedimento sanzionatorio esecutivo da parte dell'AGCM non costituisca una causa automatica di esclusione, per tre anni dalla sua adozione lo stesso potrà essere considerato dalla stazione appaltante come elemento rilevante nella sua valutazione in merito all'integrità dell'impresa partecipante alla gara.

Nell'ambito della partecipazione a gare, devono essere valutate con particolare attenzione anche le scelte degli operatori di costituire ATI/RTI, specialmente laddove le imprese che intendano aggregarsi siano astrattamente in grado di partecipare autonomamente alla gara, in quanto posseggono i requisiti finanziari e tecnici prescritti dal bando ("**ATI Sovrabbondanti**").

L'Autorità e la giurisprudenza amministrativa hanno nel tempo chiarito che la mera costituzione di un'ATI Sovrabbondante non rappresenta di per sé un illecito sotto il profilo *antitrust*, occorrendo a tal fine che l'ATI sia stata realizzata in un contesto collusivo ed utilizzata strumentalmente per alterare il confronto competitivo.

Per evitare il rischio di incorrere in condotte illecite, occorre condurre un'analisi caso per caso tesa ad accertare che, nonostante la presenza di un'ATI Sovrabbondante, vi siano valide ragioni economiche sottese alla sua costituzione, non riconducibili ad intenti collusivi escludenti.



⁶ Per maggiori dettagli cfr. <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2018/1/alias-9109>.

⁷ Così è accaduto nel citato caso I/759 – *Forniture Trenitalia*.

⁸ Cfr. artt. 95 e ss. del D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

Nel caso *Gara consip FM4* - accordi tra i principali operatori del facility management, l'AGCM ha accertato la sussistenza di un'intesa anticoncorrenziale, avente ad oggetto il condizionamento dell'esito della gara pubblica per la fornitura su tutto il territorio nazionale dei servizi di *facility management*. Secondo l'AGCM, l'intesa si sarebbe realizzata, tra l'altro, attraverso un utilizzo distorto del raggruppamento temporaneo d'impresе (RTI), del subappalto e dello strumento consortile. In particolare, l'AGCM ha accertato la sussistenza di un contesto generale caratterizzato da numerose cointeressenze tra le parti dell'intesa e dalla consuetudine all'instaurazione di rapporti di confronto più collaborativo che competitivo, che si è in particolare tradotto in un sistematico utilizzo distorto dell'istituto del subappalto, piegato a un ruolo compensativo di partite economiche tra le parti (oltre che, in sede di gara, in un utilizzo distorto dell'istituto dell'ATI, tutte non necessarie con riferimento alle mandatarie). Peraltro, l'AGCM ha ritenuto che non fosse emersa alcuna plausibile lecita giustificazione, né in relazione alla formulazione di offerte economiche chiaramente non competitive negli unici lotti in cui si sono registrate sovrapposizioni, né in relazione alla creazione di ATI non necessarie e/o illogiche.

2.3 ACCORDI DI COOPERAZIONE ORIZZONTALE

Gli accordi di cooperazione tra concorrenti possono dar luogo a problemi di natura *antitrust* nella misura in cui il loro scopo sia di fissare i prezzi o la produzione, di ripartire i mercati, oppure se la cooperazione si traduce in un congelamento o rafforzamento del loro potere di mercato, provocando effetti negativi su prezzi, produzione, varietà e qualità dei prodotti e dei servizi offerti.

In altri casi, invece, accordi di questo genere possono avere valenza pro-competitiva, ad esempio laddove consentano la realizzazione di incrementi di efficienza o altre forme di benefici trasferibili ai consumatori (aumento degli investimenti, maggiore qualità e varietà dei beni e dei servizi, progresso tecnologico, *etc.*), senza compromettere la concorrenza (cfr. *supra*, § 1.6).

La valutazione di tali accordi va dunque effettuata caso per caso, tenendo conto delle caratteristiche strutturali del mercato in cui essi si inscrivono, nonché della posizione di mercato delle imprese coinvolte. Inoltre, la Commissione ha recentemente adottato delle nuove linee direttrici, che forniscono il quadro analitico applicabile alle forme più comuni di accordi di cooperazione orizzontale, delineando i principi da applicare per la loro valutazione ai sensi dell'art. 101 del TFUE ("Linee Direttrici")⁹.

Le Linee Direttrici contengono indicazioni relative, tra l'altro, agli accordi di **ricerca e sviluppo** relativi a prodotti, tecnologie o processi. Essi ricomprendono (i) accordi ai sensi dei quali una parte finanzia le attività di ricerca e sviluppo svolte da un'altra parte, (ii) accordi riguardanti il

⁹ Cfr. *Linee Direttrici sull'applicabilità dell'art. 101 del TFUE agli accordi di cooperazione orizzontale*, C(2023) 4752 final del 17 luglio 2023. Tra le forme più comuni di accordi di cooperazione orizzontale trattate dalle Linee Direttrici rientrano: (i) gli accordi di ricerca e sviluppo; (ii) gli accordi di produzione; (iii) gli accordi di acquisto; (iv) gli accordi di commercializzazione; (v) gli accordi di normazione. Le nuove Linee Direttrici includono anche un capitolo specificamente dedicato alle c.d. condizioni standard, precedentemente trattate nel capitolo relativo agli accordi di normazione, e forniscono indicazioni ai fini della valutazione di compatibilità con il diritto della concorrenza degli scambi di informazioni e degli accordi di sostenibilità.

miglioramento congiunto di prodotti e tecnologie esistenti e (iii) accordi relativi allo sviluppo di prodotti e tecnologie che creerebbero una domanda completamente nuova.

Tali accordi, sebbene spesso pro-competitivi, possono anche determinare restrizioni della concorrenza.

Nell'ambito della valutazione ai fini *antitrust* di un accordo di ricerca e sviluppo assume rilievo l'esenzione di categoria dall'applicazione dell'art. 101, par. 1 del TFUE prevista per gli accordi di ricerca e sviluppo.

Possono beneficiare di tale esenzione gli accordi di ricerca e sviluppo che soddisfano determinate condizioni (alcune delle quali differenziate a seconda dell'oggetto dell'accordo) e se la quota congiunta delle parti, nel caso di accordi tra concorrenti, non supera il 25% sui mercati rilevanti del prodotto e della tecnologia al momento della conclusione dell'accordo. L'esenzione non troverà applicazione per talune categorie di accordi che si qualificano come restrizioni fondamentali e per alcuni obblighi per i quali non può presumersi con sufficiente certezza che integrino le condizioni di cui all'art. 101, par. 3 del TFUE.

Inoltre, le Linee Diretrici affrontano il tema del *data sharing*, segnalando l'importanza assunta dalla condivisione dei dati quale mezzo per orientare i processi decisionali attraverso l'uso di tecniche di analisi dei megadati (cd. Big Data) e di apprendimento automatico ed i possibili rischi legati all'utilizzo di algoritmi da parte delle imprese per monitorare i prezzi dei concorrenti, informare la propria attività di fissazione dei prezzi e/o monitorare gli accordi anticoncorrenziali tra concorrenti.

Un'ulteriore applicazione della condivisione dei dati che potrebbe assumere rilevanza da un punto di vista concorrenziale sono le banche dati condivise, che potrebbero avere l'effetto di restringere la concorrenza a seconda delle condizioni economiche presenti nel mercato rilevante e delle caratteristiche specifiche della banca dati in questione. Tali caratteristiche includono (i) la finalità, (ii) le condizioni di accesso e di partecipazione, (iii) il tipo di informazioni scambiate. Per esempio, una banca dati concernente una parte significativa del mercato rilevante e alla quale l'accesso è ritardato oppure negato per gli altri concorrenti potrebbe creare un'asimmetria informativa risultando in una restrizione concorrenziale: pertanto occorre fare attenzione affinché i criteri di accesso siano equi, oggettivi, trasparenti e non discriminatori al fine di non incorrere in possibili violazioni concorrenziali.

Inoltre, tra le questioni più innovative trattate dalle Linee Diretrici rientrano gli **accordi di sostenibilità**. Possono essere qualificati come tali diverse tipologie di accordi di cooperazione, allorché perseguano anche un obiettivo di sostenibilità.

Per esempio, imprese concorrenti possono accordarsi per adottare e rispettare determinate norme di sostenibilità (cd. accordi di normazione in materia di sostenibilità). Tali accordi possono essere utilizzati per specificare le prescrizioni che i produttori, trasformatori, distributori, venditori al dettaglio e fornitori di servizi di una catena di approvvigionamento devono rispettare in relazione ad una serie di parametri di sostenibilità, quali gli impatti ambientali della produzione.

Tali accordi potrebbero, tuttavia, incidere negativamente sulla concorrenza, ad esempio attraverso il coordinamento dei prezzi, la preclusione di norme alternative e l'esclusione o la discriminazione di determinati concorrenti. Esempi di accordi di sostenibilità passibili di restringere la concorrenza possono essere:

- i. un accordo tra concorrenti su come trasferire ai clienti un aumento dei costi derivante dall'adozione di una norma di sostenibilità sotto forma di un aumento dei prezzi di vendita o su come fissare i prezzi dei prodotti a cui si applica la norma di sostenibilità;
- ii. un accordo tra le parti su una regola di sostenibilità volto ad esercitare pressioni direttamente su terzi concorrenti affinché si astengano dalla commercializzazione di prodotti non conformi;
- iii. accordi tra concorrenti volti a limitare lo sviluppo tecnologico alle norme di sostenibilità minime richieste dalla legge (come nel caso *Car emissions, supra*).

Nel settore del trasporto ferroviario, tuttavia, questo genere di accordi è sottoposto ad una regolamentazione speciale contenuta nel **Regolamento (CE) n. 169/2009**, il quale prevede che *“determinati tipi di accordi, decisioni e pratiche concordate nel settore dei trasporti, che hanno soltanto per oggetto e per effetto l'applicazione di miglioramenti tecnici o la cooperazione tecnica, possono essere sottratti al divieto delle intese poiché contribuiscono a migliorare la produttività”*.

In particolare, il Regolamento sancisce l'inapplicabilità dell'art. 101 TFUE agli accordi, decisioni o pratiche concordate tra imprese che abbiano solamente per oggetto e per effetto l'applicazione di **miglioramenti tecnici** o la **cooperazione tecnica** mediante:

- a) l'applicazione uniforme di norme e di tipi per il materiale, gli approvvigionamenti per i trasporti, i mezzi di trasporto e gli impianti fissi;
- b) lo scambio o l'utilizzazione in comune di personale, materiale, veicoli e impianti fissi per effettuare dei trasporti;
- c) l'organizzazione e l'esecuzione di trasporti successivi, complementari, sostitutivi o combinati, nonché la determinazione e l'applicazione di prezzi e condizioni globali per detti trasporti, ivi compresi i prezzi di concorrenza;
- d) l'instradamento di trasporti eseguiti a mezzo di un unico modo di trasporto sugli itinerari più razionali sotto il profilo operativo;
- e) il coordinamento degli orari di trasporto su itinerari successivi;
- f) il raggruppamento di spedizioni isolate.

Nel caso *Rail cargo*, la Commissione europea ha accertato un'intesa da parte di tre imprese ferroviarie (ÖBB, DB e SNCB) specializzate nei servizi di trasporto ferroviario convenzionale di merci secondo il modello di condivisione del carico, per cui le imprese ferroviarie che collaborano in un determinato servizio di trasporto ferroviario transnazionale di merci forniscono al cliente un prezzo unico per l'intero servizio richiesto. Tale collaborazione è esclusa dall'ambito applicazione dell'articolo 101, par. 1, TFUE, in virtù del Regolamento (CE) n. 169/2009. Ciononostante, nel caso di specie, le tre imprese sono andate oltre i contatti legittimi previsti dal regolamento, realizzando un cartello volto alla ripartizione della clientela tramite il mutuo riconoscimento del ruolo di vettore principale nelle «attività esistenti», fulcro del sistema collusivo. Tale sistema, infatti, serviva a garantire che, sia durante il periodo di validità dei contratti, sia in occasione del rinnovo o della proroga degli stessi, non si arrivasse a un cambiamento di vettore principale.

2.4 REGOLE DI COMPORTAMENTO RELATIVE AI RAPPORTI CON I CONCORRENTI

Alla luce dei principi descritti e al fine di garantire il rispetto della normativa *antitrust*, è opportuno che tutti i dipendenti delle società del Gruppo si attengano alle seguenti regole di comportamento.

- a) **Non concludere con i concorrenti accordi di qualsiasi natura** (*i.e.* diretti o indiretti, vincolanti o non vincolanti, formali o informali, taciti o espressi) aventi ad oggetto la concertazione delle rispettive politiche commerciali da adottare sul mercato.

Per le sole società del Gruppo attive nel **trasporto ferroviario**, è possibile concludere con i concorrenti accordi che abbiano solamente per oggetto e per effetto l'applicazione di miglioramenti tecnici o la cooperazione tecnica.

In ambo i casi, occorre contattare la Struttura Competente della società del Gruppo interessata, al fine di valutare le iniziative più opportune da intraprendere.

- b) **Non scambiare Informazioni Sensibili con i concorrenti** idonee a ridurre l'incertezza circa il comportamento attuale o futuro delle società del Gruppo sul mercato (per mezzo di riunioni, contatti formali o informali, e-mail, annunci pubblici unilaterali, soggetti terzi quali clienti o fornitori, o tramite strumenti quali banche dati condivise o algoritmi, *etc.*).

Nel caso in cui si ricevano da concorrenti Informazioni Sensibili (oppure richieste di scambio), occorre opporsi immediatamente ed espressamente all'ulteriore divulgazione delle informazioni (oppure alla richiesta) chiarendo che il Gruppo stigmatizza questo genere di condotte e che non terrà conto, in ogni caso, delle eventuali informazioni già acquisite in sede di determinazione della propria politica commerciale (di seguito, "**Opposizione allo Scambio**"). In particolare:

- (i) se l'informazione è ricevuta via e-mail o, comunque, per iscritto, sarà necessario rispondere per iscritto manifestando espressamente l'Opposizione allo Scambio. In tal caso, si raccomanda altresì di conservare copia della risposta fornita;
- (ii) qualora lo scambio dovesse avvenire nel corso di una riunione, occorre far annotare a verbale l'Opposizione allo Scambio e, ove lo stesso non cessi immediatamente, sarà necessario abbandonare la riunione facendo riportare nel verbale anche tale evento. Questa precauzione è molto importante in quanto anche l'impresa che partecipa passivamente ad un incontro anticoncorrenziale può essere ritenuta responsabile dell'infrazione, salvo che non dimostri di aver manifestato pubblicamente il proprio dissenso;
- (iii) qualora lo scambio dovesse avvenire oralmente e non essere soggetto a verbalizzazione, interrompere immediatamente la discussione e dichiarare di non voler discutere tali argomenti.

In tutti i casi sopra evidenziati, così come nelle ipotesi di dubbi circa il comportamento da adottare in un caso specifico o circa il carattere sensibile di un'informazione in una prospettiva *antitrust*, è opportuno informare la Struttura Competente della società del Gruppo interessata, al fine di valutare le iniziative da intraprendere e/o fornire le opportune indicazioni.

- c) Non comunicare Informazioni Sensibili delle società del Gruppo ai clienti o ai fornitori (“**Soggetti Terzi**”), anche per il tramite di strumenti quali banche dati condivise o algoritmi, con la finalità di consentire loro di trasmetterle ai concorrenti.

Si suggerisce, inoltre, di **non chiedere ai Soggetti Terzi informazioni** relative alle condizioni contrattuali praticate da un concorrente. Ciò non impedisce di **ricevere spontaneamente dai Soggetti Terzi questo genere di informazioni** nell’ambito di una negoziazione volta ad ottenere condizioni contrattuali più favorevoli rispetto a quelle inizialmente offerte. In tal caso, qualora sia assolutamente necessario circolare internamente l’informazione ricevuta dal Soggetto Terzo e/o archivarla, è necessario **menzionare sempre la fonte da cui proviene** onde poter dimostrare, ove necessario, che non vi è stato alcun scambio di informazioni (anche indiretto) con un concorrente.

- d) Il divieto di scambio di Informazioni Sensibili si applica in linea di principio anche ai contatti occorsi nell’ambito di partecipazioni in **JV** con i concorrenti, nell’ambito della valutazione/negoziazione/realizzazione di **operazioni di concentrazione** o di leciti **contratti di cooperazione**. Ove lo scambio di informazioni sia necessario per l’adempimento di obblighi di legge o per la negoziazione, conclusione, esecuzione di operazioni o contratti leciti, occorrerà consultare preventivamente la Struttura Competente della società del Gruppo interessata e:
- i. assicurarsi che lo scambio di informazioni sia preceduto da un accordo di riservatezza (NDA) che disciplini anche le finalità ed i limiti dello scambio di informazioni;
 - ii. limitare lo scambio di informazioni a quanto necessario per il perseguimento degli obiettivi leciti e restringere l’accesso alle informazioni ad un limitato numero di persone, che abbiano effettiva necessità di accedervi in ragione delle loro funzioni.
- e) Poiché le **associazioni di categoria** sono ritenute dalle autorità di concorrenza sedi privilegiate per lo scambio di Informazioni Sensibili – con la conseguenza che sono spesso oggetto di ispezioni – è opportuno:
- (i) esaminare preventivamente l’ordine del giorno della riunione e, nel caso in cui lo stesso contenga materie di rilevanza *antitrust*, inviarlo alla Struttura Competente della società del Gruppo interessata, cui spetterà valutare opportunità, forme e modi della partecipazione nonché di rappresentarne i rischi sotto il profilo *antitrust*;
 - (ii) adottare le regole di comportamento indicate al punto b), *sub* (ii) – ovvero Opporsi allo Scambio – qualora nell’ambito dell’incontro si dovessero trattare argomenti potenzialmente critici;
 - (iii) dopo ogni riunione in cui siano stati trattati temi di particolare rilevanza ai sensi della disciplina a tutela della concorrenza, al fine di verificare la conformità delle discussioni alla normativa *antitrust*, devono essere comunicati alla Struttura Competente della società del Gruppo interessata: l’ordine del giorno, ogni documento distribuito durante l’incontro, la lista dei partecipanti e le relative imprese di appartenenza, eventuali verbali dell’incontro e gli ulteriori argomenti trattati qualora i verbali non fossero esaustivi

(iv) non partecipare a rilevazioni statistiche o altri progetti che prevedono la fornitura di Informazioni Sensibili senza aver prima consultato la Struttura Competente della società del Gruppo interessata.

- f) **Evitare di annunciare pubblicamente strategie commerciali delle società del Gruppo**, specie quando la relativa adozione avverrà a distanza di molto tempo dall'annuncio e quando la loro attuazione possa essere pregiudizievole per i clienti/consumatori (ad esempio, aumento dei prezzi).

Prima di effettuare annunci pubblici aventi ad oggetto strategie commerciali future delle società del Gruppo, incluse Informazioni Sensibili, rivolgersi preventivamente alla Struttura Competente della società del Gruppo interessata al fine di consentire di verificare se e in che misura è opportuno procedere all'annuncio.

Nel caso in cui un concorrente annunci pubblicamente le sue future strategie commerciali, soprattutto se potenzialmente pregiudizievoli per i clienti/consumatori:

- (i) evitare di replicare con annunci analoghi perché è fondamentale non dare l'impressione che le imprese del settore stiano "dialogando" per mezzo di annunci pubblici al fine di coordinare le loro strategie commerciali;
 - (ii) valutare con attenzione l'opportunità di redigere e diffondere internamente analisi che ipotizzino l'adozione di comportamenti analoghi a quelli prospettati dall'impresa concorrente;
 - (iii) valutare con la Struttura Competente della società del Gruppo interessata eventuali "reazioni" alle iniziative assunte dai concorrenti.
- g) In occasione di **gare d'appalto**, è **vietata qualsiasi concertazione con i concorrenti** volta a definire le rispettive strategie di partecipazione (concordando, ad esempio, di spartirsi i lotti, di boicottare la gara, di presentare offerte di appoggio, *etc.*).

Nel caso in cui si stia valutando di **costituire un'ATI/RTI** con operatori concorrenti, nonostante la società del Gruppo abbia tutti i requisiti per partecipare singolarmente alla gara, occorre informare preventivamente la Struttura Competente della società del Gruppo interessata, al fine di verificare le condizioni che rendono la partecipazione congiunta compatibile con la normativa *antitrust*.

In ogni caso, sia nell'ambito della partecipazione a gare che in merito alla scelta di costituire ATI/RTI, si suggerisce di mantenere sempre traccia scritta delle valutazioni economiche e tecniche adottate dalla società (in merito, ad esempio, alla scelta dei lotti su cui puntare, piuttosto che al rationale sottostante alla necessità di costituire un'ATI).

Se vi sono fondati sospetti che, nell'ambito di una gara d'appalto o di altra procedura competitiva in cui una società del Gruppo FS riveste il ruolo di **stazione appaltante**, un illecito anticoncorrenziale sia stato commesso da parte delle imprese partecipanti, occorrerà informare tempestivamente la Struttura Competente della società del Gruppo interessata per valutare le eventuali azioni da intraprendere al fine di coinvolgere le Autorità competenti, tra cui, a titolo esemplificativo, per quello che qui rileva, l'AGCM.

3. RESTRIZIONI VERTICALI DELLA CONCORRENZA

Le intese verticali intervengono tra imprese attive a livelli diversi della catena produttiva e distributiva. Tali intese godono generalmente di un trattamento più favorevole rispetto agli accordi orizzontali. Contrariamente a questi ultimi, le intese verticali non coinvolgono concorrenti diretti e più facilmente possono determinare utilità in termini di maggiore efficienza in ragione delle sinergie e delle complementarità tra le imprese partecipanti all'intesa, generando così effetti pro-competitivi.

3.1 FATTISPECIE DI INTESE VERTICALI

In base al Regolamento della Commissione n. 2022/720, gli accordi verticali relativi all'acquisto e rivendita di beni e servizi non sono considerati restrittivi della concorrenza quando la quota di mercato detenuta, rispettivamente, dal produttore e dal distributore sul mercato rilevante è inferiore al 30%.

Tuttavia, l'esenzione prevista dal Regolamento non si applica, a prescindere dalla quota di mercato delle parti, se le intese contengono restrizioni ritenute particolarmente lesive della concorrenza (c.d. *hardcore restrictions*).



Rientrano tra le *hardcore restrictions* e rendono quindi illecito l'accordo le clausole in virtù delle quali il produttore:

- (i) impone ai propri distributori il prezzo di rivendita dei beni e/o servizi forniti; è fatta tuttavia salva la possibilità per il produttore di imporre prezzi massimi o di raccomandare un prezzo di rivendita suggerito, a condizione che ciò non si traduca, di fatto, in un'imposizione di prezzi fissi o minimi di rivendita per effetto di pressioni e/o incentivi¹⁰;

Nel caso *Sofar/Fornitura Integratori Alimentari* l'AGCM ha avviato un procedimento per una possibile intesa consistente nell'imposizione di prezzi minimi di rivendita e altre ingiustificate restrizioni alle vendite *online* da parte della società produttrice di integratori nei rapporti con i propri distributori online. Il caso è stato chiuso con l'accettazione degli impegni proposti dalla società, ritenuti idonei a superare le criticità riscontrate.

- (ii) limita il territorio in cui, o i soggetti ai quali, il distributore può rivendere attivamente¹¹ o passivamente¹²

¹⁰ Pressioni e incentivi possono essere sia diretti (ad esempio, esplicita richiesta di rispettare il prezzo suggerito), sia indiretti (ad esempio, rifiuto di concedere determinati sconti e/o di prorogare le forniture in corso nel caso in cui il distributore non rispetti i prezzi suggeriti).

¹¹ Per "vendita attiva" si intende la vendita attivamente sollecitata/promossa dall'impresa. Costituisce vendita attiva anche (i) la gestione di un sito internet con un dominio di primo livello che corrisponde a determinati territori; (ii) l'offerta su un sito internet di opzioni linguistiche comunemente utilizzate in determinati territori, quando tali lingue siano diverse da quelle comunemente utilizzate nel territorio in cui è stabilito l'acquirente e (iii) l'utilizzo di strumenti di confronto dei prezzi o pubblicità associata a motori di ricerca, che siano destinati a clienti in determinati territori o a gruppi di clienti.

¹² Per "vendita passiva" si intende la risposta ad ordini non sollecitati di singoli clienti, incluse la consegna di beni o la prestazione di servizi a tali clienti.

i prodotti acquistati; sono tuttavia ritenuti leciti gli accordi con i quali il produttore¹³:

- a) vieta ai propri distributori esclusivi di vendere attivamente i prodotti nel territorio esclusivo e/o alla clientela esclusiva che il produttore ha riservato a sé stesso o ad altri distributori esclusivi (c.d. distribuzione esclusiva);
 - b) vieta ai propri distributori operanti al livello del commercio all'ingrosso di vendere attivamente e passivamente i prodotti ai clienti finali;
- (iii) *impedisce l'uso efficace di internet da parte dei propri distributori per vendere i beni o i servizi oggetto del contratto*¹⁴; sono tuttavia ritenuti leciti gli accordi con i quali il produttore impone:
- a) altre restrizioni delle vendite online (es. (i) imposizione di requisiti intesi a garantire la qualità o un particolare aspetto del negozio online dell'acquirente; (ii) l'obbligo per l'acquirente di vendere offline una quantità minima assoluta (in termini di valore o di volume, ma non in proporzione alle vendite complessive) dei beni o servizi oggetto del contratto per garantire il funzionamento efficiente del suo negozio non virtuale.
 - b) restrizioni della pubblicità online che non hanno lo scopo di impedire l'uso di un intero canale pubblicitario online (es. (i) il requisito che la pubblicità online rispetti determinati standard qualitativi o comprenda contenuti o informazioni specifici; (ii) l'obbligo per l'acquirente di non avvalersi dei servizi di particolari fornitori di pubblicità online che non rispettano determinati standard qualitativi; (iii) l'obbligo per l'acquirente di non utilizzare il nome del marchio del fornitore nel nome di dominio del proprio negozio online.

Nel caso *Guess* la Commissione ha ritenuto contrarie al divieto di intese verticali restrittive della concorrenza le restrizioni imposte da Guess ai propri distributori autorizzati relative a:

- a) la possibilità di utilizzare le denominazioni commerciali e i marchi Guess a fini di pubblicità nei motori di ricerca online
- b) la possibilità di vendere i prodotti online senza aver prima ottenuto da parte di Guess online una specifica autorizzazione
- c) la possibilità di vendere a utilizzatori finali situati fuori dal territorio assegnato o ai distributori autorizzati
- d) la possibilità di effettuare vendite incrociate tra grossisti e dettaglianti autorizzati;
- e) la possibilità di fissare i prezzi di rivendita in modo indipendente.

¹³ Sempre a condizione che le quote di mercato detenute da produttore e distributore siano inferiori al 30%. In caso contrario, occorrerà una valutazione caso per caso.

¹⁴ Di seguito alcuni esempi di obblighi che hanno indirettamente per oggetto di impedire all'acquirente di utilizzare efficacemente internet per vendere beni o servizi oggetto del contratto in territori o clienti particolari: (i) l'obbligo per l'acquirente di impedire ai clienti situati in un altro territorio di visualizzare il suo sito web o negozio online o di reindirizzare i clienti al negozio online del produttore o di un altro venditore; (ii) l'obbligo per l'acquirente di interrompere le transazioni online dei consumatori qualora la loro carta di credito riveli un indirizzo che non rientra nel territorio dell'acquirente; (iii) l'obbligo per l'acquirente di vendere i beni o servizi oggetto del contratto esclusivamente in uno spazio fisico o in presenza di personale specializzato; (iv) l'obbligo per l'acquirente di ottenere l'autorizzazione preventiva del fornitore per effettuare singole transazioni di vendita online; (v) il divieto per l'acquirente di utilizzare un intero canale pubblicitario online, come motori di ricerca (129) o servizi di comparazione dei prezzi, o restrizioni che vietino indirettamente l'utilizzo di un intero canale pubblicitario online, quali l'obbligo di non utilizzare marchi commerciali o marche del fornitore per offerte da indicizzare in motori di ricerca o il divieto di fornire informazioni relative ai prezzi a servizi di confronto dei prezzi.

Rientrano tra gli accordi verticali potenzialmente illegittimi anche i c.d. **obblighi di non concorrenza**, ossia gli accordi attraverso i quali il distributore è indotto (o costretto) a concentrare più del 80% degli ordini di un particolare tipo di prodotto e/o servizio presso un unico produttore. In particolare, tali accordi possono essere considerati restrittivi della concorrenza e la loro liceità deve essere valutata caso per caso laddove:

- (i) gli stessi abbiano una durata indefinita o superiore a cinque anni. Gli obblighi di non concorrenza tacitamente rinnovabili oltre i cinque anni possono, invece, essere ritenuti legittimi purché il distributore possa effettivamente rinegoziare o risolvere l'accordo verticale contenente l'obbligo con un ragionevole preavviso e a un costo ragionevole, e sia quindi in grado di passare a un altro fornitore dopo la scadenza del periodo di cinque anni; o
- (ii) il produttore e/o il distributore detengano una quota di mercato superiore al 30%.

Sono ritenuti potenzialmente illegittimi anche gli obblighi di non concorrenza a carico del distributore dopo la scadenza dell'accordo, a meno che:

- a) l'obbligo sia indispensabile per proteggere il *know-how* trasferito dal produttore al distributore;
- b) sia limitato al punto vendita da cui il distributore ha operato durante il periodo di vigenza del contratto;
- c) sia limitato a un periodo massimo di un anno.

Nel caso *Problematiche concernenti l'attività di promozione nel mercato dell'editoria scolastica* l'AGCM ha avviato un procedimento nei confronti di alcuni editori di libri scolastici e di due associazioni di categoria, per una possibile intesa verticale idonea a limitare l'operatività dei promotori editoriali, con effetti escludenti nel mercato dell'editoria scolastica. L'intesa sarebbe derivata dall'inserimento, nei contratti tra editori e promotori (redatti prendendo a riferimento l'accordo collettivo predisposto dalle associazioni di categoria), di clausole di gradimento/non concorrenza in virtù delle quali un promotore non poteva contrattualizzare un nuovo editore senza aver ricevuto preventiva autorizzazione da parte dell'editore che già rappresentava. Il caso è stato chiuso con l'accettazione degli impegni proposti dalle parti, consistenti sostanzialmente nell'eliminazione dai contratti delle clausole in parola.

I **contratti di agenzia**, invece, non ricadono in linea generale nel campo di applicazione della disciplina *antitrust* poiché solitamente è il preponente ad assumere i rischi finanziari e commerciali connessi alla vendita o all'acquisto dei beni o servizi oggetto del contratto. In tali casi, il preponente ha pertanto la facoltà di stabilire la sfera delle attività dell'agente in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto nonché di determinare la strategia commerciale dell'agente in relazione (i) alle limitazioni riguardanti il territorio in cui l'agente può vendere i beni o servizi oggetto del contratto; (ii) alle limitazioni riguardanti i clienti ai quali l'agente può vendere i beni o servizi oggetto del contratto; (iii) al prezzo e alle condizioni a cui l'agente deve vendere o comprare i beni o servizi oggetto del contratto.

Tuttavia, occorre verificare se le clausole contenute nei contratti di agenzia ne compromettano la natura di agenzia riconducendoli, a prescindere dalla loro forma giuridica, nell'alveo dei tradizionali accordi verticali. Ciò accade, ad esempio, qualora il contratto comporti l'assunzione da parte dell'agente del rischio finanziario o commerciale relativo all'attività svolta per conto del preponente¹⁵ o preveda una clausola di non concorrenza a favore dello stesso. In tal caso gli agenti vengono considerati alla stregua di distributori indipendenti.

3.2 DUPLICE DISTRIBUZIONE

Generalmente, l'esenzione prevista dal Regolamento non si applica agli accordi verticali conclusi tra imprese concorrenti, la cui liceità deve essere valutata caso per caso. Le uniche eccezioni a tale regola riguardano scenari di "**duplice distribuzione**" nei quali il fornitore, vendendo i propri beni tanto direttamente ai consumatori finali quanto tramite distributori indipendenti, opera in regime di concorrenza diretta con i propri distributori.

L'esenzione si applica dunque agli accordi verticali tra un fornitore che opera, a monte, come produttore, importatore o grossista e, a valle, come importatore, grossista o distributore di beni, e un acquirente che opera a valle come importatore, grossista o distributore e non è un'impresa concorrente a monte.

L'esenzione si applica a tutti gli aspetti dell'accordo verticale che si inserisce in un contesto di duplice distribuzione, compresi gli scambi di informazione tra le parti strettamente connessi all'esecuzione dell'accordo che contribuiscono, *inter alia*, all'ottimizzazione dei processi di produzione e distribuzione. Non tutti gli scambi di informazioni tra fornitore ed acquirente, in uno scenario di duplice distribuzione, producono incrementi di efficienza. Per tale ragione, il Regolamento esclude espressamente dall'esenzione gli scambi di informazioni tra fornitore e distributore che non sono direttamente connessi all'esecuzione dell'accordo verticale o necessari per migliorare la produzione o la distribuzione dei beni o servizi oggetto del contratto.

Di seguito un elenco esemplificativo delle informazioni il cui scambio è generalmente ritenuto direttamente connesso all'esecuzione del contratto o necessario per migliorare la produzione o distribuzione dei beni o servizi oggetto del contratto, e che pertanto potrebbero, in base alle circostanze del caso concreto, beneficiare dell'esenzione di cui al Regolamento, nonché delle informazioni che sono generalmente ritenute non direttamente connesse all'esecuzione del contratto o necessarie per migliorare la produzione o distribuzione dei beni o servizi oggetto del contratto:

¹⁵ Sono indici di assunzione del rischio, tra gli altri: (i) l'acquisto, da parte dell'agente, della proprietà dei beni venduti per conto del preponente; (ii) l'obbligo imposto all'agente di effettuare investimenti nella promozione delle vendite, (iii) di mantenere scorte a proprio rischio e costo, (iv) di effettuare investimenti in attrezzature, locali o formazione del personale, (v) di concorrere alle spese connesse alla fornitura dei beni oggetto della vendita (ad esempio, costi di trasporto) e infine, (vi) di assumere la responsabilità per prodotti difettosi o per inadempimento del contratto.

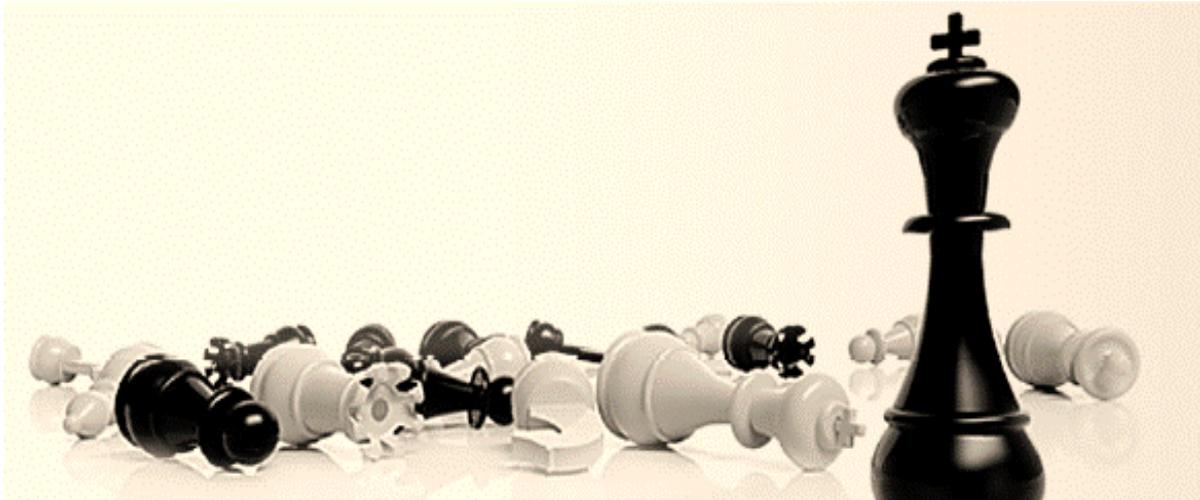
INFORMAZIONI AUTORIZZATE	INFORMAZIONI NON AUTORIZZATE
<ul style="list-style-type: none">➤ Informazioni tecniche➤ Informazioni logistiche➤ Informazioni concernenti gli acquisti dei beni o servizi oggetto del contratto da parte dei clienti, le preferenze e le reazioni dei clienti, purché lo scambio di tali informazioni non sia utilizzato per limitare il territorio in cui, o i clienti ai quali, l'acquirente può vendere i beni o servizi➤ Prezzi di vendita praticati dal fornitore all'acquirente➤ Prezzi di rivendita raccomandati o massimi del fornitore applicati per i beni o servizi oggetto del contratto e prezzi ai quali l'acquirente rivende i beni o servizi, purché tale scambio di informazioni non sia utilizzato per limitare la capacità dell'acquirente di stabilire il suo prezzo di vendita o per imporre un prezzo di vendita fisso o minimo➤ Informazioni di marketing e promozionali (non prezzi futuri)➤ Informazioni di mercato	<ul style="list-style-type: none">➤ Informazioni sui prezzi futuri➤ Informazioni sugli utenti finali a meno che tale scambio di informazioni non sia necessario (i) per consentire al fornitore o all'acquirente di soddisfare le richieste di un particolare utente finale (es. per adeguare i beni o servizi oggetto del contratto alle esigenze dell'utente, per concedergli condizioni particolari etc...); (ii) per attuare o monitorare la conformità a un accordo di distribuzione selettiva o esclusiva, che prevede l'assegnazione di particolari utenti finali al fornitore o all'acquirente➤ Informazioni relative a beni venduti da un acquirente con il proprio marchio con un produttore di prodotti di marca concorrenti, a meno che il produttore non sia anche il produttore dei prodotti a marchio proprio

3.3 REGOLE DI COMPORTAMENTO PER LE RELAZIONI VERTICALI

Alla luce dei principi del diritto della concorrenza sopra illustrati, è opportuno attenersi alle seguenti regole di comportamento.

- a) In caso di vendita attraverso distributori, non fare pressioni (o fornire incentivi) finalizzate a fare osservare al distributore un prezzo di vendita raccomandato (“PVR”) oppure un prezzo di vendita minimo, come ad esempio:
 - garantire uno sconto e/o altri tipi di incentivi (ad esempio, sussidi per le campagne pubblicitarie) solo ai distributori che applicano il PVR o comunque non vendono mai i prodotti/servizi al di sotto del PVR;
 - bloccare le forniture al distributore che pratica (o si tema possa praticare) un prezzo inferiore al PVR;
 - minacciare penalizzazioni al distributore che non rispetta il PVR oppure vende sottocosto (ad esempio, l’interruzione delle forniture in corso oppure la cessazione dei servizi di assistenza nell’attività di *marketing*).
- b) Ove necessario, verificare con la Struttura Competente della società del Gruppo interessata se le comunicazioni dirette ai distributori contengono indicazioni che potrebbero essere considerate divieti a pubblicizzare o a vendere i prodotti/servizi attraverso Internet.
- c) Sottoporre preventivamente alla Struttura Competente della società del Gruppo interessata i contratti e gli accordi aventi ad oggetto:
 - limitazioni del territorio in cui e/o dei clienti ai quali il distributore può vendere i prodotti/servizi oggetto del contratto;
 - obblighi di acquisto di quantitativi minimi;
 - obblighi di non concorrenza e/o clausole di fornitura esclusiva, specie laddove aventi durata indeterminata o superiore a cinque anni;
 - rapporti con gli agenti ed eventuali modifiche ai contratti in essere con gli stessi.
- d) In caso di vendita sia diretta che attraverso distributori diretti concorrenti delle società del Gruppo, limitare lo scambio di informazioni con i distributori a quelle direttamente connesse all’esecuzione dell’accordo o necessarie per migliorare la produzione o la distribuzione dei beni o servizi oggetto del contratto. Esempi di informazioni il cui scambio è generalmente permesso riguardano i prezzi al dettaglio suggeriti, informazioni tecniche, logistiche, di *marketing* e promozionali e i *feedback* dei clienti; esempi di informazioni generalmente ritenute **non** direttamente connesse all’esecuzione del contratto o necessarie per migliorare la produzione o distribuzione dei beni o servizi oggetto del contratto il cui scambio è vietato riguardano i prezzi futuri e le informazioni su clienti specifici dei distributori.

PARTE II: ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE



4. NOZIONI FONDAMENTALI

4.1 LA DETENZIONE DI UNA POSIZIONE DOMINANTE

Un'impresa è considerata in “posizione dominante” quando ha un potere di mercato tale da essere in grado di operare indipendentemente dai concorrenti, dai clienti e dai consumatori finali ed è in grado di influenzare in maniera considerevole e decisa i principali parametri della concorrenza (prezzo, condizioni di vendita, *etc.*).



Al fine di determinare se il “potere di mercato” detenuto da un'impresa sia tale da configurare una posizione dominante, i fattori da prendere in considerazione sono molteplici, primo fra tutti le relative quote di mercato¹⁶. In particolare:

- (i) se la quota di mercato di un'impresa è **inferiore al 30-40%**, è poco probabile che questa sia ritenuta dominante in assenza di ulteriori elementi quali l'assenza di concorrenti con quote di mercato significative;
- (ii) se la quota di mercato di un'impresa è **tra il 40% e il 50%**, devono essere presi in considerazione ulteriori fattori quali, ad esempio, le barriere all'ingresso per i nuovi entranti, la capacità economico-finanziaria dell'impresa, il livello di integrazione verticale della stessa, l'esistenza di economie di scala, la possibilità di accedere alle fonti di approvvigionamento e alle principali risorse, la fedeltà dei consumatori al relativo marchio, il potere negoziale dei clienti, *etc.*;

¹⁶ Ne deriva che, al fine di verificare se un'impresa sia o meno in posizione dominante, la prima operazione da effettuare è l'individuazione del mercato in cui la stessa opera. A tal fine, occorre individuare sia il mercato del prodotto, sia il mercato geografico. Il mercato del prodotto include tutti i beni e servizi che sono considerati intercambiabili tra di loro in ragione delle loro caratteristiche, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati. Il mercato geografico è costituito dall'area nella quale le condizioni della concorrenza sono omogenee in ragione, tra le altre cose, delle caratteristiche e delle abitudini dei consumatori, dei costi di trasporto e della normativa applicabile.

(iii) se la quota di mercato di un'impresa è **superiore al 50%**, vi è una presunzione di dominanza e spetta dunque alla stessa dimostrare di non essere in grado di esercitare un significativo potere sul mercato in cui opera.

Fermo restando che la valutazione sulla dominanza deve essere fatta caso per caso e che un'impresa può essere dominante in taluni mercati e non esserlo in altri, è importante chiarire che detenere una posizione dominante non è considerato illecito di per sé.

Ciò che è vietato alle imprese dominanti è, infatti, solo lo **sfruttamento abusivo** di tale posizione a danno dei propri concorrenti e, soprattutto, dei clienti e dei consumatori. In buona sostanza, dunque, le imprese dominanti hanno una “speciale responsabilità” che vieta loro di porre in essere determinate condotte che sono invece consentite ai concorrenti.



4.2 CONDOTTE POTENZIALMENTE ABUSIVE

L'art. 102 TFUE e l'art. 3 della Legge contengono un elenco non esaustivo, in quanto progressivamente aggiornato dalla giurisprudenza e dalla prassi decisionale, di condotte abusive che comprende:

- l'imposizione (diretta e indiretta) di prezzi d'acquisto, di vendita o di altre condizioni contrattuali inique;
- le limitazioni della produzione, degli sbocchi di mercato o dello sviluppo tecnico a danno dei consumatori;
- i comportamenti discriminatori che danneggiano la concorrenza (vale a dire l'applicazione nei rapporti commerciali di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti);
- le pratiche leganti (ossia le condotte che subordinano la conclusione di un contratto all'accettazione di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non hanno alcun nesso con l'oggetto del contratto stesso).

Di seguito si fornisce una breve descrizione di ciascuna di tali condotte abusive, tenendo presente che, nel settore del trasporto ferroviario, la normativa *antitrust*, che tipicamente interviene per sanzionare *ex post* condotte ritenute illecite, si aggiunge al quadro regolatorio imposto dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti (“ART”). Vale ricordare in questa sede, infatti, che il rispetto della normativa di settore non esclude il rischio di condotte vietate dalla disciplina a tutela della concorrenza¹⁷.

Ciò assume particolare rilevanza per il Gruppo FS, che, come noto, ingloba al suo interno sia la società responsabile della gestione dell'infrastruttura ferroviaria sul territorio italiano (“Gestore”), sia le maggiori società attive in Italia nel trasporto ferroviario di passeggeri e merci. Oltre alla possibile posizione dominante detenuta da tali imprese nei rispettivi mercati, vi è un elemento di

¹⁷ Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sentenza n. 1673/2014; Corte di giustizia, sentenza del 14 ottobre 2010, C-280 - *Deutsche Telekom*; Corte di Giustizia, sentenze del 6 dicembre 2012, C-457/10, *Astrazeneca*.

complessità da tenere in considerazione, connesso alla corretta separazione delle funzioni essenziali del Gestore. Quest'ultimo, nello svolgimento delle proprie attività (segnatamente nell'ambito delle funzioni essenziali), deve necessariamente prevenire qualsiasi forma di discriminazione nei confronti dei concorrenti delle imprese ferroviarie del Gruppo.

4.21 IMPOSIZIONE DI PREZZI O CONDIZIONI COMMERCIALI INIQUE

L'impresa dominante non può applicare:

- (i) prezzi eccessivi, ossia prezzi che non appaiono ragionevoli in relazione al valore economico del prodotto;

Nel caso *Leadiant Biosciences/Farmaco per la cura della Xantomatosi Cerebrotendinea* l'AGCM ha sanzionato il Gruppo Laediant per aver abusato della propria posizione dominante applicando al Servizio Sanitario Nazionale prezzi ingiustificatamente gravosi per la vendita di un farmaco orfano. L'abuso, peraltro, sarebbe stato parte di un'articolata strategia che prevedeva l'adozione di un comportamento dilatorio e ostruzionistico (consistente nel non fornire informazioni e documentazione sull'attività di R&S che avrebbe giustificato la proposta di prezzo presentata e nel ritardare la presentazione di offerte economiche correttive di quella iniziale) rispetto alla negoziazione del prezzo di rimborso del farmaco con l'Agenzia Italiana del Farmaco, di modo da ridurre il potere negoziale di quest'ultima.

- (ii) prezzi c.d. "predatori", ossia prezzi di vendita a livelli anormalmente bassi e inferiori ai costi, praticati per periodi di tempo prolungati, in assenza di giustificazioni di efficienza economica. Al riguardo, un'attenzione particolare dovrà essere dedicata alla formulazione delle offerte nell'ambito delle gare: l'offerta presentata dovrà infatti essere "replicabile" e non "sottocosto"¹⁸;

Nel caso *Diano/Tourist-Caronte*, l'AGCM ha stabilito che l'operatore dominante Caronte, che offriva il servizio di trasporto di mezzi gommati e passeggeri nello Stretto di Messina, aveva praticato dei prezzi predatori (sottocosto) con l'obiettivo di estromettere Diano, operatore nuovo entrante in una delle due tratte in cui si svolgeva tale servizio. In particolare, Caronte aveva offerto il servizio di trasporto direttamente in perdita nel segmento competitivo in cui il concorrente Diano aveva iniziato ad operare (Messina-Reggio Calabria), potendo compensare le perdite ivi realizzate con gli ampi margini garantiti sull'altra tratta (Messina- Villa San Giovanni), sulla quale godeva di una posizione dominante difficilmente intaccabile, anche alla luce di barriere di tipo infrastrutturale (gli approdi) ed amministrativo (le concessioni demaniali e i diritti di attracco) che riducevano la contendibilità del mercato.

- (iii) "margin squeeze"; si ha *margin squeeze* quando un'impresa verticalmente integrata è in posizione dominante sul mercato di un prodotto/servizio ("Mercato a monte") necessario per operare

¹⁸ Pertanto, è necessario che l'operatore in posizione dominante stimi attentamente i costi necessari a svolgere la propria attività in modo che la sua offerta non risulti predatoria. Il tema si interseca con quello delle offerte anormalmente basse, anche se deve tenersi conto che non tutte le offerte anomale possono essere considerate sottocosto, mentre sicuramente tutte le offerte sottocosto sono considerate offerte anomale.

su un altro mercato a valle (“Mercato a valle”) e fissa sul Mercato a monte i prezzi di vendita ai terzi del prodotto/servizio in modo tale da non consentire ad un concorrente ragionevolmente efficiente di svolgere la sua attività sul Mercato a valle in maniera remunerativa.

Ad esempio, nel caso A/443 - NTV/FS/Ostacoli all'accesso nel Mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri ad Alta Velocità (2014), l'AGCM aveva contestato ad FS di aver posto in essere, attraverso le sue controllate Rete Ferroviaria Italiana (“RFI”) e Trenitalia, una pratica abusiva di *margin squeeze* a danno di Nuovo Trasporto Viaggiatori S.p.A. (“NTV”), in considerazione (i) sia dei costi di pedaggio che NTV corrisponde ad RFI per l'accesso alla rete, (ii) sia dei prezzi praticati da Trenitalia nei servizi di trasporto ferroviario passeggeri ad alta velocità, tale da costringere il nuovo entrante ad operare con un margine negativo. Ciò all'asserito fine di indebolire, se non annullare, la capacità di quest'ultimo di competere sul mercato. Il procedimento si è chiuso con l'accettazione degli impegni presentati dalle imprese del Gruppo, senza accertamento dell'infrazione.

EXAMPLE

- (iv) altre *condizioni commerciali inique*, come ad esempio restrizioni alle esportazioni o alla rivendita di beni, condotte consistenti nel subordinare la conclusione di contratti di fornitura al pagamento di corrispettivi ingiustificati, etc.

Nel caso *Telecom/Morosità Pregresse* l'AGCM ha ritenuto *prima facie* abusive le pratiche di Telecom Italia di subordinare la richiesta di attivazione di una nuova utenza e di subentro in un'utenza già attiva al previo pagamento delle morosità pregresse del precedente contraente e, dunque, al pagamento da parte del nuovo titolare di corrispettivi non correlati ad alcuna controprestazione da parte dell'impresa. Il caso è stato chiuso con impegni senza accertamento dell'infrazione.

4.22 LE LIMITAZIONI DELLA PRODUZIONE, DEGLI SBocchi DI MERCATO O DELLO SVILUPPO TECNICO A DANNO DEI CONSUMATORI - RIFIUTO A CONTRARRE

Una seconda fattispecie di abuso è rappresentata dalla limitazione degli sbocchi e dello sviluppo tecnico, a danno dei consumatori.

In via di principio, l'impresa dominante non è gravata da un obbligo generale di contrarre, ma è comunque tenuta a dimostrare che il suo rifiuto di fornitura sia motivato da ragioni oggettive, quali:

- la protezione di interessi commerciali,
- l'insufficiente capacità produttiva,
- la decisione unilaterale di ritirarsi dal mercato,

- l’inadempimento del contratto da parte della controparte,
- l’insolvenza della controparte.

Se l’impresa controlla, tuttavia, un’**infrastruttura indispensabile** per fornire determinati prodotti o servizi (c.d. “*essential facility*”), essa deve consentire l’accesso a tale risorsa a tutti i soggetti interessati, compresi i potenziali concorrenti, a condizioni eque e non discriminatorie.

Ad esempio, sempre nel caso A/443 sopra citato, l’AGCM aveva contestato a RFI (i) di non aver assegnato a NTV le tracce richieste nella fascia oraria mattutina di punta, in relazione ai treni Italo in uscita da Roma verso nord, e (ii) di non aver attivato la prevista procedura di coordinamento richiesta dal PIR in ragione della sovrapposizione di tracce con l’operatore *incumbent*. In particolare, ad avviso dell’AGCM, RFI avrebbe precluso a NTV l’accesso alla fascia oraria commercialmente più redditizia, discriminandola rispetto alla società Trenitalia, le cui richieste sarebbero state invece prontamente soddisfatte ed alla quale sarebbe stata riservata – nella medesima fascia oraria - una posizione di “vantaggio”.

EXAMPLE

A tal riguardo, occorre segnalare che nel settore del trasporto ferroviario l’accesso all’infrastruttura è oggi disciplinato dal decreto legislativo n. 112 del 15 luglio 2015 (così come modificato e novellato dal D. Lgs. n. 139/2018, normativa nazionale di recepimento del c.d. IV Pacchetto Ferroviario – Pilastro Mercato (Direttiva UE/2016/2370) (“**Decreto**”), che recepisce la Direttiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 novembre 2012, relativa all’istituzione di uno spazio ferroviario europeo unico (c.d. “*Direttiva Recast*”). Il Decreto, nella versione attuale entrata in vigore il 23 dicembre 2018, ha in gran parte riaffermato i principi europei in materia di autonomia e indipendenza gestionale, amministrativa e contabile delle imprese ferroviarie, di indipendenza delle funzioni essenziali del Gestore, di libertà di accesso ai mercati del trasporto di merci e di passeggeri per ferrovia a condizioni eque, non discriminatorie e trasparenti.

Ai sensi della disciplina contenuta nel Decreto, il Gestore svolge in via esclusiva le funzioni essenziali relative (i) all’assegnazione di capacità dell’infrastruttura, nel rispetto dei principi di equità, trasparenza e non discriminazione e (ii) alla determinazione e riscossione dei relativi canoni sulla base dei criteri definiti dall’ART¹⁹.

Nel quadro regolamentare e normativo oggi vigente, pertanto, appare senz’altro difficile che il Gestore possa illegittimamente rifiutare le richieste di accesso all’infrastruttura formulate da imprese ferroviarie concorrenti di Trenitalia S.p.A. (“Trenitalia”), in quanto la relativa procedura è disciplinata in maniera puntuale.

¹⁹ Cfr. Delibera ART n. 95 del 31 maggio 2023 “Conclusioni del procedimento avviato con delibera n. 11/2023. Approvazione dell’atto di regolazione afferente alla revisione dei criteri per la determinazione dei canoni di accesso e utilizzo dell’infrastruttura ferroviaria approvati con la delibera n. 96/2015 ed estensione e specificazione degli stessi per le reti regionali interconnesse”. Secondo quanto previsto dall’ART, si definisce un pacchetto minimo di accesso (“PMdA”) che darà diritto all’impresa ferroviaria di far circolare i propri treni su tutta la rete nazionale. Tale pacchetto si acquista pagando un “pedaggio” a RFI che comprende l’assegnazione della traccia oraria, l’utilizzo delle linee e delle stazioni, nonché il controllo e la regolazione della circolazione. Il sistema tariffario per l’acquisto del PMdA viene proposto da RFI e deve essere approvato dall’ART, la quale verificherà la conformità delle tariffe ai criteri e la loro sostenibilità nei confronti del mercato.

Il “Quarto Pacchetto Ferroviario”.

Con specifico riferimento al quadro normativo relativo al sistema ferroviario, sono state adottate – in ambito europeo – talune iniziative legislative destinate a modificare la disciplina. Tali iniziative sono volte, da un lato, a completare il processo di liberalizzazione del mercato del trasporto ferroviario di passeggeri; dall’altro lato, a rinforzare gli strumenti tecnico/normativi posti a presidio dell’indipendenza e dell’imparzialità del gestore dell’infrastruttura rispetto alle imprese ferroviarie, specie ove i due soggetti siano inseriti nell’ambito di un unico gruppo industriale, come nel caso del Gruppo FS.

Si fa qui riferimento, in particolare, al cosiddetto *Quarto Pacchetto Ferroviario* (“Quarto Pacchetto”), adottato dalle istituzioni europee nel dicembre 2016 e composto di tre regolamenti e tre direttive. A livello nazionale, il Quarto pacchetto è stato implementato come segue:

- i. con il decreto legislativo 14 maggio 2019, n. 50 è stata recepita la direttiva (UE) 2016/798 sulla sicurezza delle ferrovie;
- ii. con il decreto legislativo 14 maggio 2019, n. 57, è stata recepita la direttiva (UE) 2016/797 relativa all’interoperabilità del sistema ferroviario dell’Unione europea;
- iii. con il decreto legislativo n. 139 del 2018 è stata recepita la direttiva (UE) 2016/2370 per l’apertura del mercato dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri e la governance dell’infrastruttura ferroviaria.

Tale *corpus* normativo si compone di: *i)* un “*Pilastro Tecnico*”, relativo alle norme in materia di sicurezza ed interoperabilità del sistema ferroviario comunitario;²⁰ *ii)* un “*Pilastro Politico*”, che disciplina gli aspetti più propriamente connessi alla struttura del mercato ferroviario dell’Unione europea.

Del *Pilastro Politico* fanno parte: la Direttiva UE 2016/2370 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2016, che modifica la Direttiva *Recast*; il Regolamento UE 2016/2337 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2016, che abroga il Regolamento CEE n. 1192/69 del Consiglio, relativo alle norme comuni per la normalizzazione dei conti delle aziende ferroviarie (direttamente applicabile); il Regolamento UE 2016/2338 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2016, che modifica il Regolamento CE n. 1370/2007 relativamente all’apertura del mercato dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri (direttamente applicabile).

Per quanto di interesse, il Quarto Pacchetto – *Pilastro Politico* prevede che, nell’ambito di una impresa ad integrazione verticale,²¹ siano istituite le cosiddette “**muraglie cinesi**”, al fine di

²⁰ Il Pilastro Tecnico si compone di tre atti normativi, quali segnatamente: la Direttiva UE 2016/797, del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 maggio 2016, relativa all’interoperabilità del sistema ferroviario dell’Unione europea; la Direttiva UE 2016/798 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 maggio 2016, sulla sicurezza delle ferrovie; il Regolamento UE 2016/796 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 maggio 2016, che istituisce un’Agenzia dell’Unione europea per le ferrovie e che abroga il regolamento (CE) n. 881/2004.

²¹ Ai sensi dell’art. 3, punto 31, della Direttiva *Recast*, come modificata dalla Direttiva UE 2016/2370, per “impresa a integrazione verticale” si intende un’impresa per cui si verifica una delle seguenti condizioni: *a)* un gestore dell’infrastruttura è controllato da un’impresa che contemporaneamente controlla una o più imprese ferroviarie che effettuano servizi ferroviari sulla rete del gestore

ulteriormente assicurare l'indipendenza organizzativa e decisionale delle funzioni essenziali del gestore (*i.e.*, assegnazione tracce ferroviarie e determinazione e riscossione dei canoni di accesso all'infrastruttura). Le più rilevanti sono:

- a) la previsione **dell'assoluta indipendenza del gestore dell'infrastruttura** in relazione alle scelte che lo stesso è tenuto ad adottare nell'ambito delle due funzioni essenziali. In questo senso, né la *holding* FS, né le altre imprese del Gruppo FS possono in alcun modo orientare le azioni di RFI in materia di assegnazione delle tracce ferroviarie e della determinazione/riscossione dei canoni di accesso;
- b) l'obbligo di **separazione giuridica** tra gestore dell'infrastruttura ed imprese ferroviarie, nonché tra gestore dell'infrastruttura e qualsiasi altra entità di un'impresa ad integrazione verticale (come già avviene all'interno del Gruppo FS);
- c) il **divieto di delegare le due funzioni essenziali del gestore** a qualsiasi entità inserita nell'impresa ad integrazione verticale;
- d) il divieto di nominare, contemporaneamente, le medesime persone come membri del Consiglio di Amministrazione del gestore dell'infrastruttura e membri del Consiglio di Amministrazione di un'impresa ferroviaria, nonché l'ulteriore divieto di impiegare i medesimi soggetti come responsabili dell'adozione di decisioni sulle funzioni essenziali del gestore e come membri del Consiglio di Amministrazione di un'impresa ferroviaria;
- e) la circostanza che i fondi pubblici riconosciuti al gestore per la gestione della rete infrastrutturale sono dallo stesso utilizzabili soltanto per finanziare la propria attività.

Per quanto concerne le regole in materia di servizi di trasporto ferroviario di passeggeri, il *Pilastro Politico* del Quarto Pacchetto prevede la completa liberalizzazione dei mercati nazionali, garantendo l'accesso all'infrastruttura a tutti i soggetti interessati. Tale previsione non avrà alcun impatto sul mercato italiano, già totalmente liberalizzato sin dal 2012.

Da ultimo, si segnala che il *Pilastro Politico* del Quarto Pacchetto modifica le modalità di affidamento dei contratti di servizio per il trasporto pubblico ferroviario. A partire dal 25 dicembre 2023, ai sensi del Regolamento (CE) n. 1370/2007, art. 8, par. 2, punto iii), i contratti di servizio verranno affidati mediante l'esperimento di procedure di gara ad evidenza pubblica, salvo ricorrano taluni casi tassativamente individuati (ad esempio, affidamenti *in house*, affidamenti cosiddetti *de minimis*, affidamenti per circostanze eccezionali, provvedimenti di emergenza in caso di interruzione del servizio o pericolo imminente di interruzione del servizio).

Con riguardo al ruolo fondamentale svolto dal Gestore affinché sia assicurata una concorrenza effettiva nei mercati ferroviari, si segnala il caso *Baltic rail* in cui la Commissione ha accertato un abuso da parte dell'impresa ferroviaria lituana, AB Lietuvos geležinkeliai, operatore verticalmente integrato che svolge il ruolo di gestore delle infrastrutture ferroviarie - di proprietà dello Stato lituano - e di prestatore di servizi di trasporto ferroviario, di trasporto merci e viaggiatori, in Lituania. L'impresa ha abusato della

dell'infrastruttura (è questo il caso del Gruppo FS); b) un gestore dell'infrastruttura è controllato da una o più imprese ferroviarie che effettuano servizi ferroviari sulla rete del gestore dell'infrastruttura; c) una o più imprese ferroviarie che effettuano servizi ferroviari sulla rete del gestore dell'infrastruttura sono controllate da un gestore dell'infrastruttura.

sua posizione dominante smantellando interamente una linea ferroviaria – mai ricostruita – al fine di impedire ad un'impresa ferroviaria concorrente di nazionalità lettone di accedere al mercato lituano. Pronunciandosi sul caso, la Corte di Giustizia dell'UE ha confermato l'abuso di posizione dominante sulla base dell'insieme di circostanze che avevano accompagnato la rimozione del binario. Gravava sull'impresa lituana, infatti, in quanto gestore delle infrastrutture ferroviarie, non solo un obbligo regolamentare di garantire la sicurezza del traffico, ma anche un obbligo regolamentare di ridurre al minimo le perturbazioni e di migliorare l'efficienza della rete ferroviaria. Inoltre, essendo dominante sul mercato rilevante, all'impresa spettava altresì la responsabilità specifica di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale: ciò si sarebbe dovuto tradurre non nello smantellamento, ma nella ricostruzione a tappe dell'intero binario.

Una condotta riconducibile alla fattispecie dell'abuso *sub specie* di rifiuto a contrarre è oggetto del caso *Trasporto ferroviario ad alta velocità e regionale* in cui l'AGCM ha avviato un'istruttoria in seguito ad una segnalazione da parte di NTV, ove si rappresentava che Trenitalia avrebbe attuato una strategia commerciale abusiva, volta a legare artificialmente i servizi di trasporto regionale e Intercity, gestiti da Trenitalia in regime di monopolio, con i servizi di trasporto a mercato operati su rete AV, dove Trenitalia è in concorrenza con NTV. Ciò sarebbe avvenuto attraverso un'interfaccia di vendita indistinta, unitaria ed esclusiva, non replicabile dai concorrenti, non abilitati a vendere titoli di viaggio per i collegamenti sussidiati. Successivamente i due operatori sono addivenuti alla sottoscrizione di un accordo per la commercializzazione, sui canali di vendita di NTV, dei biglietti dei servizi ferroviari regionali operati da Trenitalia in combinazione con i treni AV Italo. Tuttavia, tale accordo conteneva clausole circa l'accesso e il trattamento dei dati relativi ai biglietti del servizio di treni regionali ritenute potenzialmente idonee a compromettere l'effettiva operatività dell'accordo tra le Parti in termini di costi e tempistiche. Il caso si è chiuso senza accertamento dell'infrazione con l'accettazione degli impegni proposti da Trenitalia, aventi ad oggetto, tra l'altro, la rimozione delle limitazioni di accesso ai dati che avevano dato origine alla segnalazione di NTV e l'estensione dell'accordo anche alla vendita dei biglietti Intercity in combinazione con i collegamenti AV di NTV²².

4.23 COMPORTAMENTI DISCRIMINATORI A DANNO DI CLIENTI O IMPRESE ESTRANEE ALL'IMPRESA IN POSIZIONE DOMINANTE

L'impresa in posizione dominante non può tenere, nell'ambito di trattative analoghe, comportamenti differenziati (in termini, ad esempio, di prezzi o condizioni commerciali applicate) che possono portare a discriminare un contraente rispetto all'altro.

²² Il tema del rifiuto a contrarre è oggetto anche del caso *Online rail ticket distribution in Spain*, attualmente in corso, in cui la Commissione ha avviato nei confronti di Renfe Viajeros un procedimento per un presunto abuso di posizione dominante. In particolare, Renfe avrebbe rifiutato di fornire i suoi contenuti – tra cui: tipi di biglietti, sconti e funzionalità (ad es. le modalità di rimborso) – e i suoi dati in tempo reale (ad es. informazioni sul binario o su interruzioni temporanee del servizio) a piattaforme di emissione di biglietti di terzi attive in Spagna. Renfe ha proposto impegni consistenti nella condivisione con le piattaforme di vendita di tutti i contenuti e dei dati in tempo reale, informandole contemporaneamente sulle specifiche tecniche necessarie per adeguare i loro sistemi con congruo anticipo.

Un'impresa in posizione dominante deve pertanto verificare attentamente che prezzi o condizioni contrattuali differenti siano oggettivamente ed economicamente giustificati dalle diverse condizioni dei contraenti²³.

Inoltre, l'obbligo di non discriminazione impone alle imprese appartenenti ad un gruppo di non applicare condizioni differenti alle società del proprio gruppo, o a società ad esse collegate, rispetto a quelle applicate ai richiedenti esterni.

Nel caso *FBA Amazon* l'AGCM ha accertato che Amazon ha abusato della propria posizione dominante sul mercato italiano dei servizi di intermediazione su marketplace, favorendo il proprio servizio di logistica (denominato "FBA") presso i venditori attivi sulla piattaforma, a scapito degli operatori concorrenti nel settore della logistica. Ciò è avvenuto conferendo soltanto ai venditori che decidevano di avvalersi del servizio FBA di ottenere vantaggi ritenuti essenziali per ottenere visibilità e migliori prospettive di vendite su Amazon.it (ad es. l'etichetta *Prime*) e applicando loro sistemi di misurazione della performance meno rigidi rispetto a quelli applicati ai venditori che decidevano di servirsi di altri operatori di logistica.

Con specifico riferimento alle società del Gruppo FS, occorre considerare che un potenziale rischio di discriminazione sussiste in relazione alle decisioni assunte dal Gestore nello svolgimento dei compiti che gli sono affidati, dovendosi sempre garantire una gestione equa e non discriminatoria degli *asset* e dei servizi connessi alla circolazione ferroviaria.

Al di là delle ipotesi connesse alle richieste di accesso alla rete infrastrutturale da parte degli operatori (accesso che, come visto, è puntualmente regolato), possibili pratiche discriminatorie possono in teoria essere attuate attraverso condotte diverse (ad esempio, nell'ipotesi in cui il Gestore condividesse in anticipo con le società del Gruppo (rispetto ai concorrenti di queste ultime) informazioni in grado di conferire un vantaggio competitivo.

Nel 2018, l'Autorità di Regolazione dei Trasporti ("ART") ha accertato il mancato rispetto da parte di RFI degli obblighi informativi imposti al Gestore dell'infrastruttura dal d.lgs. n. 112 del 2015, ed in particolare di quelli relativi all'accessibilità e funzionalità dell'infrastruttura (articoli 11 e 12). Secondo l'ART RFI non avrebbe assicurato condizioni eque, non discriminatorie e trasparenti per l'accesso all'infrastruttura ferroviaria con riferimento all'obbligo informativo relativo all'incremento prestazionale dell'infrastruttura ferroviaria oltre i 300 km/h. L'omissione delle dovute informazioni sull'*upgrade* sarebbe avvenuto al fine di consentire a Trenitalia l'esercizio, sulle linee AV, dei treni ETR1000, opportunamente acquistati e proposti per l'omologazione a 360 km/h, compromettendo di conseguenza il futuro accesso all'infrastruttura da parte di imprese ferroviarie diverse da Trenitalia. Il provvedimento dell'ART è stato annullato dal Consiglio di Stato per ragioni squisitamente procedurali.

²³ Invero, la fornitura di un prodotto ad un cliente ad un prezzo inferiore rispetto al prezzo solitamente praticato ad altri clienti può, ad esempio, dipendere (i) dai costi di trasporto del prodotto che potrebbero essere proporzionalmente inferiori se viene ordinato un quantitativo maggiore di prodotti, (ii) dai termini di consegna del prodotto che potrebbero far gravare sull'impresa dominante spese di deposito o di immagazzinaggio meno elevate rispetto al solito, e/o (iii) dalla circostanza che un cliente si impegna ad effettuare nell'interesse del fornitore determinati servizi o attività promozionali.

4.24 TYING E BUNDLING

Costituisce un abuso il fatto che un'impresa dominante subordini la vendita di un bene X (per il quale essa è generalmente dominante e per il quale il cliente non dispone di alternative) all'acquisto da parte del compratore anche del bene Y, senza che sussista l'esigenza di effettuare una vendita congiunta dei due beni che sono vendibili anche separatamente.

Per il tramite di queste pratiche (c.d. pratiche legati), l'impresa dominante può infatti fare leva sulla posizione di forza detenuta in un determinato mercato per estenderla a mercati contigui. Tale forma di abuso può assumere due forme:

- il “*tying*” che consiste nel subordinare l'acquisto del prodotto richiesto all'acquisto anche di un altro prodotto, economicamente separabile dal primo;
- il “*bundling*” che consiste nel subordinare la concessione di sconti, premi o benefici di altra natura, al caso di acquisto congiunto dei prodotti;

Il *tying* e il *bundling* sono tuttavia ammessi quando si tratta di prodotti intrinsecamente o usualmente gemellati (si pensi, a titolo di esempio, alla vendita di autoveicoli, completi degli pneumatici che li equipaggiano, anche se provenienti da altra fonte produttiva, oppure alla vendita di *hard disk* e *personal computer*).

Nel caso *Microsoft* la Commissione ha accertato un abuso di posizione dominante nel mercato dei sistemi operativi per PC, realizzato attraverso una serie di condotte escludenti, tra cui pratiche di vendita abbinata. In particolare, i clienti intenzionati ad acquistare il sistema operativo Windows avrebbero dovuto necessariamente acquistare, unitamente ad esso, il programma Microsoft Media Players. La Commissione ha quindi concluso che Microsoft, così operando, ha precluso la concorrenza da parte dei fornitori di sistemi alternativi a Microsoft Media Players.

4.25 OBBLIGHI DI ESCLUSIVA O DI ACQUISTO MINIMO

Un'impresa dominante non può imporre obblighi di acquisto esclusivo ai propri clienti o distributori. Tali pratiche sono infatti palesemente dirette ad impedire l'ingresso sul mercato di nuovi concorrenti o ad estromettere dal mercato concorrenti che già vi operino o comunque ad impedire ai concorrenti di rafforzare rapporti con i clienti dell'impresa dominante.

Perché ricorra questa fattispecie abusiva non è peraltro necessario che il cliente sia giuridicamente obbligato a rifornirsi esclusivamente presso l'impresa in questione, essendo sufficiente che le condizioni di vendita offerte siano tali da indurre il cliente ad approvvigionarsi esclusivamente o prevalentemente presso di lui.

Anche l'imposizione di obblighi di acquisto minimo (in virtù dei quali gli acquirenti devono acquistare almeno una quantità predeterminata di prodotto dall'impresa dominante) configura un abuso quando: (i) l'obbligo di acquisto copre una parte significativa del fabbisogno dell'acquirente ed (ii) è imposto per un lungo periodo.

Nel caso Poste Italiane/Prezzi recapito, l'AGCM ha sanzionato Poste Italiane per aver abusato della sua posizione dominante nel mercato del recapito degli invii multipli di corrispondenza ordinaria per aver implementato una strategia escludente complessa, nell'ambito della quale erano ricompresi vincoli di acquisto formulati in termini di volume ma assimilabili a clausole di esclusiva.

4.26 SISTEMI DI SCONTO

La concessione di sconti da parte di un'impresa dominante non è vietata a condizione che non sia effettuata allo scopo di fidelizzare i clienti (creando cioè una sorta di esclusiva), così impedendo o rendendo più oneroso agli altri concorrenti l'ingresso su un mercato.

In particolare, sono considerati illegittimi:

- (i) gli *sconti fedeltà*, vale a dire gli sconti concessi solo a quei clienti che si impegnano a non acquistare dai concorrenti dell'impresa in posizione dominante, nonché gli sconti concessi solo ai clienti che acquistano dall'impresa dominante una parte consistente dei prodotti necessari al proprio fabbisogno (si tratta di sconti che di fatto producono un risultato simile a quello degli obblighi di esclusiva);
- (ii) gli *sconti target*, ossia accordati ai clienti che raggiungono determinati obiettivi di acquisto. I sistemi di sconto target sono illeciti quando sono organizzati secondo modalità che inducono gli acquirenti ad aumentare progressivamente il volume dei prodotti e/o dei servizi acquistati dall'impresa dominante;
- (iii) la c.d. *clausola inglese*, ossia la clausola che impone al cliente l'obbligo di riferire all'impresa dominante eventuali offerte maggiormente vantaggiose ricevute da altri fornitori e di accettare tali offerte solo nel caso in cui l'impresa dominante decida di non offrire condizioni equivalenti.

Nel caso Unilever/distribuzione gelati, l'AGCM ha sanzionato Unilever Italia MKT. Operations S.r.l. per aver abusato della sua posizione dominante nel mercato della distribuzione e commercializzazione di gelati, in ragione, tra l'altro, di un sistema di compensi e sconti previsti da Unilever nei contratti di distribuzione dei prodotti, che risultavano condizionati al rispetto di particolari obblighi o al raggiungimento di target di fatturato.

Al riguardo, l'AGCM ha osservato tra l'altro come le politiche di sconto attuate da Unilever potessero rendere "meno interessante" per i clienti rifornirsi da un altro operatore, ciò in quanto tale scelta avrebbe potuto comportare la decadenza dallo sconto. Inoltre, l'AGCM ha rilevato come dei contratti di fornitura con le associazioni di categoria apparissero idonei a determinare una "forte fidelizzazione" delle stesse a Unilever.

L'AGCM ha dunque concluso nel senso che il sistema di sconti e compensi implementato da Unilever, impresa in posizione dominante nel mercato rilevante, fosse idoneo a concretare un abuso, vietato a norma dell'art. 102 TFUE.

Sono invece legittimi i sistemi di sconto basati esclusivamente sulla quantità degli acquisti effettuati. Per essere qualificati come puramente quantitativi essi devono in linea di massima rispettare i seguenti requisiti:

- lo sconto deve essere concesso a tutti i potenziali acquirenti senza discriminazione ed essere fissato preventivamente in modo oggettivo e trasparente;
- lo sconto deve derivare da un incremento di efficienza (ad esempio, risparmi di costo relativi ad ordini consistenti);
- lo sconto non deve avere carattere retroattivo, nel senso che non deve essere strutturato in modo da determinare l'applicazione dello stesso a prodotti acquistati in precedenza.

Stante l'assenza di linee guida chiare sui sistemi di sconto che possono essere applicati dalle imprese in posizione dominante, è tuttavia opportuno valutare attentamente con la Struttura Competente della società del Gruppo interessata la compatibilità con il diritto della concorrenza dei sistemi di sconto che s'intendono applicare in concreto.

4.27 ABUSI ATIPICI

L'elenco non esaustivo delle condotte abusive fornito dall'art. 102 TFUE e dall'art. 2 della Legge è stato integrato dalla prassi decisionale delle autorità della concorrenza e dalla giurisprudenza che nell'ambito dei cosiddetti abusi atipici ha ricondotto:

- il sistematico ricorso ad azioni legali pretestuose (*sham litigation*) nei confronti di un concorrente;

Nel caso *Sistemi di sigillatura multidiametro per cavi e tubi*, l'AGCM ha sanzionato Roxtec, azienda *leader* del settore, per aver realizzato un'articolata strategia abusiva ai danni del principale concorrente, volta a consentirle di mantenere la sua posizione di mercato anche dopo la scadenza di un proprio brevetto. Tale condotta era consistita: (i) nel deposito presso l'EUIPO di nove richieste di registrazione di marchio relative al design, in diversi colori, del prodotto brevettato, pre-costituendo così una serie di diritti di proprietà intellettuale da far valere in sede giudiziaria; (ii) nella promozione di varie azioni giudiziarie di natura pretestuosa (c.d. *sham litigation*) di contrasto all'ingresso del concorrente nei mercati in cui si affacciava; e (iii) in azioni volte a denigrare il concorrente di fronte a consumatori e terze parti.

- l'abuso del diritto e della regolazione, nonché l'abuso di diritti di proprietà intellettuale e di brevetti essenziali;

Nel caso *AstraZeneca* la Commissione ha accertato due condotte abusive di procedure regolamentari. La prima concerneva la fornitura di informazioni false ad autorità brevettuali e giudiziarie nazionali allo scopo di indurre in errore e ottenere un'estensione della protezione brevettuale per un farmaco (altrimenti non dovuta), a danno dei concorrenti produttori di farmaci generici. La seconda condotta riguardava, invece, la deregistrazione di un prodotto farmaceutico con successiva reintroduzione sul mercato in forma diversa, per precludere ai concorrenti produttori di farmaci generici la possibilità di attivare una procedura autorizzativa più facile e veloce.

- abusi realizzati mediante *innovazioni, modifiche o degradazioni del prodotto*;

Nel caso *T-Link/Grandi Navi Veloci* l'AGCM ha considerato abusivo l'incremento della capacità di trasporto merci da parte dell'impresa dominante in quanto meramente strumentale e ostacolare l'affermazione sul mercato del nuovo entrante. Peraltro, le condotte erano consistite anche in minacce di ritorsioni commerciali in danno delle imprese di autotrasporto che, a seguito delle proposte commerciali di Grandi Navi Veloci, avessero inteso continuare a servirsi dei servizi di T-Link; nonché in attività di turbativa e denigrazione a danno di T-Link.

- *L'esercizio abusivo di un diritto contrattuale.*

Nel caso *Selecta/Poste Italiane* l'AGCM ha avviato un'istruttoria per un presunto abuso consistente nella repentina richiesta di provvedere alla restituzione delle somme dovute, combinata con il rifiuto di accettare piani di rientro proposti dal debitore, poiché tale condotta avrebbe riflettuto un improvviso mutamento della condotta dell'operatore dominante che aveva tollerato è consentito l'accumulo di una rilevante esposizione debitoria per poi procedere improvvisamente alla richiesta del pagamento immediato del pregresso pena la mancata erogazione del servizio. Il caso si è chiuso con l'accettazione degli impegni senza accertamento dell'infrazione.

4.3 L'ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA

Anche al di fuori delle ipotesi in cui un'impresa detenga una posizione dominante sul mercato, in presenza di una "dominanza relativa", talune condotte commerciali possono essere considerate abusive e, pertanto, sanzionate.

In particolare, a norma dell'articolo 9 della Legge n. 192/1998, è vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica, definito 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 di obblighi, tenuto conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

L'abuso di dipendenza economica può consistere altresì nel rifiuto di vendere o di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie e nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo.

L'AGCM attiva i propri poteri di indagine e di imposizione di diffide e sanzioni qualora ravvisi che la condotta di abuso di dipendenza economica abbia una rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato.

Per completezza, si nota che, a prescindere dal requisito della rilevanza (che costituisce il presupposto per la giurisdizione dell'AGCM) sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, che può essere chiamato ad applicare le norme sull'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese.

Nel caso *Catena di Franchising Original Marines*, l'AGCM ha avviato un procedimento per un possibile abuso di dipendenza economica da parte di Original Marines ("OM") a danno dei propri *franchisee* che avrebbe reso difficile, se non impossibile, per gli affiliati la ricerca di alternative commerciali "reali e soddisfacenti". La dipendenza economica sarebbe stata riscontrabile in alcune clausole contrattuali che prevedevano ingenti impegni economici in capo ai *franchisee* idonei a condizionarne indebitamente l'attività imprenditoriale, tra cui: (i) la sopportazione dei costi per la formazione del personale e per l'allestimento del punto vendita secondo i canoni imposti da OM; (ii) l'installazione e mantenimento di un sistema informatico che consentiva di trasmettere quotidianamente a OM i dati di vendita dell'esercizio; (iii) il divieto di cessione del contratto senza il previo consenso di OM e il divieto di cedere a terzi il punto vendita senza offrire prelazione ad OM.

La condotta abusiva, a parere dell'AGCM, sarebbe derivata dall'imposizione agli affiliati di clausole che prevedevano l'impossibilità di adottare autonomamente campagne promozionali; l'imposizione di meccanismi di riassortimento automatico e l'impegno ad acquistare periodicamente una quantità minima di prodotti.

Il caso è stato chiuso senza accertamento dell'infrazione con l'accettazione degli impegni proposti da OM.

4.4 SEPARAZIONE SOCIETARIA E OBBLIGO DI PREVENTIVA COMUNICAZIONE ALL'AUTORITÀ

L'art. 8 della Legge impone determinati obblighi ove un'impresa che **per disposizione di legge**²⁴ esercita la gestione di **servizi di interesse economico generale**, ovvero opera in **regime di monopolio** sul mercato, intenda avviare e svolgere attività su mercati diversi da quelli in cui agisce in virtù della suddetta disposizione di legge ("Mercati Diversi").

In particolare, l'art. 8 impone che le attività sui Mercati Diversi debbano essere esercitate mediante la costituzione di **società separate**.

Ai sensi dell'art. 8, comma 2-ter, la costituzione di società e l'acquisizione di posizioni di controllo in società operanti nei Mercati Diversi è soggetta a **preventiva comunicazione** all'AGCM. In caso di violazione di tali obblighi di comunicazione l'Autorità può applicare una sanzione amministrativa pecuniaria.

Inoltre, al fine di garantire pari opportunità di iniziativa economica, le imprese che per disposizione di legge esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale, ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, qualora **rendano disponibili a società da esse partecipate o controllate nei Mercati Diversi beni o servizi**, anche informativi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte in virtù di disposizioni di legge, sono tenute a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti.

Nel caso *Rete Ferroviaria Italiana/Blueferries* l'AGCM ha accertato una violazione dell'articolo 8 della Legge da parte di RFI in occasione della gara indetta dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ("MIT") per l'istituzione di un collegamento marittimo veloce tra le città di Messina, Reggio Calabria e Villa San Giovanni, a cui RFI aveva partecipato (all'interno di un RTI), ma senza ricorrere alla separazione societaria prevista dall'art. 8 della Legge, a cui aveva provveduto solo in un secondo momento con la costituzione di Blueferries. Risultata vincitrice della gara, RFI ha iniziato a svolgere attività di trasporto marittimo passeggeri sulle tratte Messina/Reggio Calabria, Messina/Reggio Calabria-aeroporto e Messina/Villa San Giovanni senza aver provveduto ad attuare la separazione societaria (in quanto Blueferries risultava ancora priva di capacità operativa diretta), né a trasmettere preventiva comunicazione all'AGCM. Il caso si è chiuso con l'accertamento della violazione da parte di RFI degli obblighi di (i) attuare la separazione societaria e (ii) trasmettere preventiva comunicazione all'AGCM a cui la società era soggetta in qualità di gestore dell'infrastruttura ferroviaria italiana in virtù di concessione che intendeva intraprendere attività in Mercati Diversi (quelli della gara indetta dal MIT).

²⁴ Si ritiene che tale disposizione sia da interpretarsi come comprensiva anche delle ipotesi in cui un'impresa eserciti la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operi in regime di monopolio sul mercato in virtù di una concessione.

4.5 REGOLE DI COMPORTAMENTO NEI MERCATI IN CUI IL GRUPPO È DOMINANTE E NEI RAPPORTI CON IMPRESE IN POSIZIONE DI DIPENDENZA ECONOMICA

Alla luce di quanto precede, è opportuno che nei mercati in cui le società del Gruppo detengono una posizione dominante e nei rapporti commerciali con imprese in posizione di dipendenza economica vengano rigorosamente osservati i limiti imposti dalla normativa *antitrust*.

Occorre tenere presente che l'individuazione dei mercati in cui le società del Gruppo potrebbero detenere una posizione dominante, nonché dei rapporti in cui le stesse potrebbero vantare una "dominanza relativa" è un'operazione complessa, che deve essere necessariamente condotta con il supporto delle Strutture Competenti delle società del Gruppo ed i cui risultati potrebbero peraltro variare a seconda del periodo preso a riferimento.

Con riferimento ai prodotti/servizi del mercato nel quale l'impresa è dominante, nonché dei rapporti commerciali con altre imprese in cui è riscontrabile una situazione di dipendenza economica, è consigliabile attenersi alle seguenti regole di comportamento:

- a) valutare preventivamente con la Struttura Competente della società del Gruppo interessata le modalità di determinazione dei prezzi di prodotti o servizi quando non tengano conto del loro reale valore commerciale (o perché troppo elevati, o perché troppo bassi);
- b) verificare preventivamente con la Struttura Competente della società del Gruppo interessata eventuali promozioni, sconti o incentivi che potrebbero risultare incompatibili con la normativa *antitrust*;
- c) verificare preventivamente con la Struttura Competente della società del Gruppo interessata che le condizioni contrattuali diverse dal prezzo (ad esempio, modalità di pagamento, restrizioni alle esportazioni o alla rivendita di beni, etc.) siano sorrette da evidenti giustificazioni economiche/commerciali;
- d) non imporre ai clienti l'obbligo di informare l'impresa dominante di eventuali offerte migliorative ricevute dalla concorrenza, né il divieto di accettarle se l'impresa dominante si rende disponibile a pareggiare l'offerta;
- e) non obbligare i clienti ad acquistare esclusivamente o principalmente i prodotti/servizi dall'impresa dominante;
- f) verificare preventivamente con la Struttura Competente della società del Gruppo interessata eventuali iniziative di vendita di prodotti abbinati (*tying/bundling*) che potrebbero risultare incompatibili con la normativa *antitrust*;
- g) evitare discriminazioni non obiettivamente giustificabili tra clienti o tra imprese facenti parte del Gruppo e imprese terze. È quindi opportuno verificare preventivamente con la Struttura Competente della società del Gruppo interessata– che la concessione a determinati clienti di sconti o condizioni commerciali più favorevoli sia giustificata da risparmi di costo o guadagni di efficienza e fondata su criteri oggettivi e trasparenti;

- h) valutare preventivamente con la Struttura Competente della società del Gruppo interessata eventuali rifiuti di fornitura (nonché ingiustificati e prolungati ritardi nel riscontro delle relative richieste) a imprese che necessitano di tali forniture per operare in un mercato in cui sono in concorrenza con l'impresa dominante
- i) con riferimento alle sole società del Gruppo che per disposizione di legge o in virtù di una concessione esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale, ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, verificare preventivamente con la Struttura Competente della società del Gruppo interessata l'adempimento degli obblighi connessi allo svolgimento di attività su mercati diversi da quelli in cui agiscono in virtù della suddetta disposizione di legge o concessione.

PARTE III: CONCENTRAZIONI



Ai sensi del Regolamento (CE) n. 139/2004 e dell'art. 6 della Legge n. 287/90, alcune operazioni societarie tra imprese devono essere notificate alle competenti autorità *antitrust* al fine di consentire un **controllo preventivo** volto a verificare se la realizzazione dell'operazione in parola, ostacoli in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato UE o nazionale o in una loro parte rilevante, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante.



Affinché sia possibile un effettivo e tempestivo controllo per tutelare la struttura concorrenziale dei mercati, pertanto, devono essere obbligatoriamente notificate **prima** della loro realizzazione quelle operazioni:

- (i) che configurano una “concentrazione tra imprese” ai sensi della normativa *antitrust*; e
- (ii) in cui le imprese coinvolte superino determinate soglie di fatturato.

5.1 DEFINIZIONE DI “CONCENTRAZIONE”

Si definiscono concentrazioni tutte le operazioni societarie che danno luogo a una **modifica duratura del controllo** delle imprese coinvolte, per effetto:

- di una fusione tra soggetti precedentemente indipendenti,
- dell'acquisizione del controllo, diretto o indiretto, di un'altra impresa o di parte di essa²⁵;
- della costituzione di un'impresa comune²⁶.

²⁵ Per completezza, si segnala che anche le operazioni che conducono a modifiche della qualità del controllo determinano una concentrazione (quali, ad esempio, i passaggi da controllo esclusivo a congiunto o viceversa).

²⁶ Il diritto della concorrenza distingue tra imprese comuni dette *full function* da quelle che non lo sono. Solo per la creazione delle prime incombe sulle parti l'onere di notifica alle autorità *antitrust*. Sono *full function* tutte le imprese comuni capaci di esercitare stabilmente le funzioni di un'entità economica *autonoma*. Nel valutare se l'impresa comune merita tale qualifica, le autorità dovranno considerare se: (a) opera sul mercato come un'entità indipendente sia dal lato dell'offerta che della domanda, (b) è in grado di svolgere una propria politica commerciale e (c) è progettata per svolgere la propria attività a tempo indeterminato o, almeno, nel lungo periodo.

Sono inoltre considerate “concentrazioni” anche modifiche durature del controllo derivanti dalla cessione (i) di rami d’azienda o (ii) di attività o cespiti patrimoniali cui sia attribuibile un fatturato anche solo potenziale (ad esempio, autorizzazioni amministrative, concessioni, brevetti, marchi, *know how*, *etc.*).

In una prospettiva *antitrust*, peraltro, la nozione di controllo comprende – oltre alle ipotesi di cui all’articolo 2359 del codice civile – tutti quei casi in cui, per effetto di diritti, contratti o altri rapporti giuridici, un soggetto abbia la possibilità di esercitare in maniera stabile e duratura un’influenza determinante sull’attività di un’impresa, essendo in grado di definire le scelte strategiche e commerciali della stessa.



Il controllo può essere esercitato in forma esclusiva o congiunta ed in entrambi i casi può essere acquisito di diritto e/o di fatto.

Si avrà **controllo esclusivo** quando un’impresa è in grado di esercitare da sola un’influenza determinante su un’altra impresa, ovvero nelle ipotesi in cui:

- l’impresa acquisisce la maggioranza del capitale sociale e dei diritti di voto in assemblea;
- l’impresa detiene una partecipazione di minoranza che le conferisce diritti specifici, tali da consentirle di decidere da sola la gestione strategica degli affari (quali la maggioranza dei diritti di voto o il potere di designare la maggioranza dei componenti del Consiglio di amministrazione);
- un solo azionista è in grado di impedire, con il suo diritto di veto, le decisioni adottate dall’impresa, ma non ha il potere – da solo – di imporre una determinata decisione (c.d. minoranza di blocco)²⁷.

Alternativamente, il controllo esclusivo in capo a un’azionista di minoranza può desumersi da situazioni fattuali, come nell’ipotesi di imprese ad azionariato diffuso, in cui risulta altamente probabile che l’azionista di minoranza possa ottenere la maggioranza nell’assemblea, perché le azioni sono disperse tra una moltitudine di azionisti.

Si ha invece **controllo congiunto** quando due o più imprese (c.d. imprese madri) condividono il potere sulle decisioni essenziali per determinare l’indirizzo strategico dell’attività dell’impresa controllata (“**Controllata**”). Ciò si verifica quando:

- le imprese madri si ripartiscono in parti uguali i diritti di voto in assemblea o il potere di designare i membri degli organi decisionali della Controllata;
- due o più azionisti di minoranza concordano le modalità di esercizio dei propri diritti di voto attraverso accordi vincolanti (ad esempio, tramite patti parasociali) o per il tramite della costituzione di veicoli societari cui le imprese madri conferiscono le proprie partecipazioni;

²⁷ L’azionista di minoranza, infatti, esercitando il suo diritto di veto è in grado di generare una situazione di stallo nelle scelte decisionali dell’impresa, acquisendo un’influenza determinante su quest’ultima. Per consolidata prassi europea e nazionale, conferiscono controllo esclusivo solo i diritti di veto riguardanti materie di carattere strategico per la vita dell’impresa (*i.e.* approvazione del bilancio, del *business plan*, degli investimenti strategici, nomina e revoca dei membri del Consiglio di Amministrazione e di alti dirigenti, *etc.*) e non anche quelli generalmente riservati ai soci di minoranza a tutela dell’investimento (*i.e.* i diritti inerenti la modifica dello statuto, gli aumenti e le riduzioni di capitale o la liquidazione della società).

- due o più azionisti di minoranza godono di diritti di veto sull'adozione di determinate delibere, rendendo così necessario che gli azionisti trovino un accordo per determinare l'indirizzo dell'attività della Controllata²⁸.

Da ultimo, vi sono ipotesi in cui il controllo di un'impresa (sia esso esclusivo o congiunto) si realizza attraverso strumenti atipici, come ad esempio incisivi vincoli contrattuali che creano forme di dipendenza economica tali da consentire un'influenza determinante nel corso degli affari di una impresa che sia durevole nel tempo (c.d. controllo contrattuale)²⁹.

5.2 SOGLIE DI NOTIFICA (DIFFERENZA UE/ITA)

Non tutte le concentrazioni sono sottoposte al vaglio delle autorità *antitrust*, ma solo quelle che, superando determinate soglie dimensionali, si presume possano avere un impatto sull'equilibrio concorrenziale dei mercati interessati.

Ai sensi della disciplina nazionale ed europea le soglie dimensionali sono individuate in relazione al fatturato realizzato dalle imprese interessate, per tali intendendosi:

- nelle ipotesi di acquisto del controllo esclusivo: l'impresa che acquisisce il controllo e quella acquisita;
- nelle ipotesi di acquisizione del controllo congiunto: le imprese madri e la Controllata.

Occorre inoltre considerare che, **qualora un'impresa interessata dall'operazione appartenga a un gruppo**, ai fini del calcolo del superamento delle soglie di notifica dovrà essere preso in considerazione non solo il fatturato dell'impresa interessata, ma anche – a seconda dei casi – quello delle imprese controllate da quest'ultima e/o delle imprese controllanti.

Una concentrazione è di dimensione europea – e deve quindi essere notificata alla **Commissione** – quando sono cumulativamente soddisfatte le seguenti condizioni:

- il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate dall'operazione è superiore a 5 miliardi di euro;
- il fatturato totale realizzato individualmente nell'Unione Europea da almeno due delle imprese interessate dall'operazione è superiore a 250 milioni di euro.



Sono però espressamente esclusi i casi in cui, nonostante siano soddisfatte le suddette condizioni, ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i 2/3 del suo fatturato totale nell'Unione Europea

²⁸ In quest'ultimo caso, per conferire controllo congiunto i diritti di veto devono riguardare materie di carattere strategico per la vita dell'impresa (ovvero quelle già elencati *sub* nota 25).

²⁹ Questo è per esempio il caso di contratti di affitto di ramo d'azienda per una durata sufficientemente lunga.

all'interno di un solo Stato membro: in tali circostanze, infatti, la notifica andrà effettuata presso la relativa autorità nazionale della concorrenza³⁰.

Viceversa, le concentrazioni sono soggette all'obbligo di preventiva notifica all'AGCM nel caso in cui ricorrano cumulativamente le seguenti condizioni:

- il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a 532 milioni di euro;
- il fatturato totale realizzato individualmente a livello nazionale da almeno due delle imprese interessate sia superiore a 32 milioni di euro.³¹



Al di fuori di tali ipotesi, l'AGCM ha il potere di richiedere comunque alle imprese coinvolte di effettuare la notifica dell'operazione di concentrazione³². Ciò può accadere a condizione che:

- i. sia superata una delle soglie di fatturato anzidette **oppure** il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a 5 miliardi di euro;
- ii. non siano trascorsi oltre sei mesi dal perfezionamento dell'operazione;
- iii. l'Autorità ritenga sussistenti concreti rischi per la concorrenza nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante, tenuto anche conto degli effetti pregiudizievoli per lo sviluppo e la diffusione di imprese di piccole dimensioni caratterizzate da strategie innovative.

Si precisa, infine, che al di là dell'Unione Europea e dell'Italia oltre 130 Paesi hanno adottato leggi *antitrust* per il controllo delle concentrazioni, con soglie di fatturato disomogenee tra loro. Si consiglia, pertanto, di consultare preventivamente la Struttura Competente della società del Gruppo interessata per valutare se l'operazione di concentrazione possa dar luogo ad obblighi di notifica anche in altri Paesi (sia europei che extra-europei).

5.3 POSSIBILI ESITI DEL PROCEDIMENTO DI CONTROLLO DELLE CONCENTRAZIONI

La notifica di un'operazione di concentrazione all'AGCM o alla Commissione europea comporta l'avvio di un procedimento volto a verificare se il perfezionamento della stessa ostacoli in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato UE o nazionale o in una loro parte rilevante, in

³⁰ Cfr. art. 1 del Reg. 139/2004. Una concentrazione che non superi le predette soglie è, tuttavia, di dimensione europea al verificarsi, contemporaneamente, di tutte le seguenti condizioni: (a) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a 2,5 miliardi di euro; (b) in ciascuno di almeno tre Stati membri, il fatturato totale realizzato dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a 100 milioni di euro; (c) in ciascuno di almeno tre degli Stati membri di cui alla lettera b), il fatturato totale realizzato individualmente da almeno due delle imprese interessate sia superiore a 25 milioni di euro; (d) il fatturato totale realizzato individualmente nell'Unione europea da almeno due delle imprese interessate sia superiore a 100 milioni di euro, (e) salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i 2/3 del suo fatturato totale nell'Unione europea all'interno di un solo e medesimo Stato membro.

³¹ Cfr. art. 16 della Legge n. 287/90. Si precisa che le soglie di notifica sono soggette a modifiche periodiche da parte dell'Autorità, per cui è sempre consigliabile verificare il sito web della stessa per informazioni più aggiornate (<http://www.agcm.it/competenze/tutela-della-concorrenza/operazioni-di-concentrazione/soglie-di-fatturato>).

³² Cfr. art. 16, comma 1-bis, della Legge.

particolare attraverso a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante. Tale procedimento può concludersi con:

- un'autorizzazione incondizionata;
- un'autorizzazione condizionata a rispetto di talune misure correttive rispetto al progetto originario dell'operazione di concentrazione;
- un divieto a procedere alla realizzazione dell'operazione di concentrazione.

5.4 RISCHI DERIVANTI DALLA MANCATA NOTIFICA

In caso d'inottemperanza all'obbligo di notifica preventiva delle operazioni di concentrazione, le imprese incorrono in un duplice rischio:

- sanzionatorio, in quanto la Commissione e l'AGCM possono irrogare **ammende** il cui importo può giungere, rispettivamente, fino al 10% o all'1% del fatturato totale realizzato dall'impresa nell'anno precedente a quello in cui è stata effettuata la contestazione di mancata notifica³³;
- di business, poiché qualora all'esito della valutazione finale la concentrazione dovesse sollevare criticità tali da essere vietata, sia la Commissione che l'AGCM possono imporre alle imprese interessate dall'operazione l'adozione di tutte le **misure necessarie a ripristinare lo status quo ante** e, se non possibile, qualsiasi altra misura atta a ripristinare la situazione di concorrenza effettiva precedente.

Occorre poi tenere a mente che, **al di fuori dell'Italia**, a livello europeo e nella maggior parte dei Paesi le operazioni di concentrazione possono essere realizzate solo dopo aver ottenuto l'autorizzazione da parte dell'autorità *antitrust* competente (c.d. obbligo di *standstill*).



5.5 FOREIGN SUBSIDIES REGULATION ("FSR")

Il 12 ottobre 2023 è entrata in vigore la nuova disciplina sulle **sovvenzioni estere** (*foreign subsidies*) introdotta dal Regolamento (UE) 2022/2560 e dal Regolamento di esecuzione (UE) 2023/1441, con cui il legislatore europeo si propone di evitare che contributi finanziari erogati a beneficio di imprese attive nell'UE da parte di Stati extra-UE possano produrre effetti distorsivi della concorrenza nel mercato unico.

In virtù della nuova disciplina, le imprese attive nell'UE che abbiano ricevuto negli ultimi tre anni contributi finanziari (definiti dalla norma in senso molto ampio) da parte di Stati extra-UE sono tenute a presentare una comunicazione preventiva alla Commissione:

³³ Le medesime sanzioni si applicano anche nell'ipotesi in cui (i) le imprese realizzino una concentrazione in violazione del provvedimento di divieto; (ii) non ottemperino alle condizioni imposte da provvedimenti di autorizzazione condizionata; (iii) non ottemperino alle prescrizioni per il ripristino dello *status quo ante*; (iv) procedano alla realizzazione dell'operazione prima di aver ricevuto il provvedimento di autorizzazione (solo per le concentrazioni di competenza della Commissione).

- (i) in caso di **concentrazione**, se almeno una delle imprese partecipanti all'operazione abbia un fatturato nell'UE di almeno 500 milioni di euro e le imprese partecipanti all'operazione abbiano beneficiato, in aggregato, di almeno 50 milioni di euro di contributi finanziari da Paesi extra-UE nei tre anni precedenti;
- (ii) le imprese che intendono partecipare a **gare d'appalto pubbliche**, quando il valore stimato di tale appalto (o dell'accordo quadro al netto dell'IVA) è pari o superiore a 250 milioni di euro e nei tre anni precedenti l'operatore economico³⁴ ha ricevuto contributi finanziari per Paese terzo pari o superiori a 4 milioni di euro.

In seguito alla ricezione della comunicazione, la Commissione avvierà un procedimento che, analogamente a quanto accade anche per il controllo delle concentrazioni, potrà concludersi con un'autorizzazione (condizionata o meno al rispetto di determinate condizioni) oppure un divieto di realizzare la concentrazione/ aggiudicare la gara.

³⁴ Ai sensi dell'art. 28 del Reg. (UE) 2022/2560, ai fini del calcolo dei contributi finanziari, oltre all'operatore economico andranno prese in considerazione: le sue imprese figlie senza autonomia commerciale, le sue società di partecipazione e, se del caso, i suoi principali subappaltatori e fornitori coinvolti nella stessa offerta nell'ambito della procedura di appalto pubblico.

5.6 REGOLE DI COMPORTAMENTO RELATIVE ALLE CONCENTRAZIONI E FSR

Alla luce dei principi descritti e al fine di garantire il rispetto della normativa *antitrust*, è opportuno che tutti i dipendenti delle società del Gruppo si attengano alle seguenti regole di comportamento.

In tutti i casi in cui le Società del Gruppo intendano realizzare operazioni societarie che comportino (i) l'acquisizione di partecipazioni azionarie in altre società, (ii) la costituzione di una impresa comune; (iii) la fusione con altre società, è necessario avvisare con **adeguato preavviso** la Struttura Competente della società del Gruppo interessata al fine di verificare che:

- (i) l'operazione costituisca o meno una concentrazione in una prospettiva *antitrust*;
- (ii) in caso positivo, sia soggetta ad obblighi di notifica alle autorità di concorrenza competenti, inclusi quelli imposti dalla normativa sulle sovvenzioni estere (FSR).

In tutti i casi in cui le Società del Gruppo intendano partecipare a gare d'appalto pubblico è necessario avvisare con adeguato preavviso la Struttura Competente della società del Gruppo interessata al fine di verificare se la partecipazione sia soggetta agli obblighi di notifica imposti dalla normativa sulle sovvenzioni estere (FSR).

PARTE IV: I POTERI DELLE AUTORITÀ DI CONCORRENZA



6. POTERI DI INDAGINE

Le normative della concorrenza europea e italiana conferiscono rispettivamente alla Commissione europea e all'AGCM ampi poteri di indagine. In particolare, le autorità di concorrenza hanno il potere di:

- richiedere informazioni e documenti alle imprese interessate e ai terzi;
- compiere ispezioni a sorpresa;
- disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria;
- convocare in audizione ogni soggetto che possa essere in possesso di informazioni rilevanti;
- adottare misure cautelari (e rinnovarle ove necessario).

6.1 ISPEZIONI E RICHIESTE DI INFORMAZIONI

Le autorità di concorrenza possono condurre ispezioni **senza preavviso** presso le sedi di imprese, persone fisiche o giuridiche che si ritiene siano in possesso di documenti rilevanti per l'istruttoria.

In particolare, i funzionari della Commissione o dell'AGCM incaricati dell'ispezione hanno il potere di ispezionare i locali, terreni e mezzi di trasporto delle imprese o associazioni di imprese, nonché i locali, terreni e mezzi di trasporto in cui vi sia motivo di ritenere che si trovino documenti connessi all'impresa e all'oggetto di indagine, compresa l'abitazione di dirigenti, amministratori e altri membri del personale, previa autorizzazione del magistrato.

Nel corso delle ispezioni, i funzionari possono:

- chiedere a qualsiasi rappresentante o membro del personale dell'impresa o dell'associazione di imprese spiegazioni sui fatti o documenti relativi all'oggetto e allo scopo dell'accertamento ispettivo e verbalizzarne le risposte;

- ispezionare libri e documenti conservati su qualsiasi forma di supporto (ad es. *memory stick*, conversazioni *Whats.App*) ed estrarne copia;
- apporre sigilli a locali, libri e documenti aziendali (ad es. quando l'ispezione dura più giorni).

Nel condurre l'ispezione, l'AGCM e la Commissione si avvalgono generalmente della **collaborazione di agenti della Guardia di Finanza** che, nello svolgimento delle ispezioni, hanno gli stessi poteri previsti per gli accertamenti di polizia tributaria. La Guardia di Finanza può ricorrere alla forza per ottenere l'accesso a uffici, locali, armadi, computer, *etc.* in caso di opposizione da parte dei soggetti sottoposti ad ispezione.

Le autorità di concorrenza hanno inoltre il potere di indirizzare **richieste di informazioni** a imprese, associazioni di imprese o persone fisiche e giuridiche in ogni momento, e dunque anche al di fuori di un procedimento istruttorio. Tuttavia, poiché le richieste sono spesso utilizzate per ottenere informazioni utili all'avvio o allo svolgimento di un'istruttoria, le risposte vanno predisposte con particolare attenzione.

Nel caso di ispezioni, richieste di informazioni e convocazioni in audizione, dirigenti e dipendenti dell'impresa sono tenuti a **cooperare con i funzionari delle autorità di concorrenza** anche per evitare l'imposizione di sanzioni severe.

Ove i destinatari delle richieste:

- oppongano un rifiuto ingiustificato di fornire le informazioni o esibire i documenti richiesti ovvero presentino informazioni o documenti non veritieri;
- ostacolino lo svolgimento delle ispezioni; o
- non si presentino ove convocati in audizione (solo per procedure dinanzi all'AGCM)

possono essere applicate le seguenti sanzioni:

- nel caso di procedure avviate dalla Commissione o dall'AGCM, sino **all'1% del fatturato** mondiale dell'impresa interessata oltre a penalità di mora sino al 5% del fatturato medio giornaliero dell'impresa per ogni giorno di ritardo nell'ottemperare alle richieste dell'autorità di concorrenza;
- in caso di procedure dinanzi all'AGCM, potranno essere applicate sanzioni anche alle **persone fisiche** coinvolte, per un importo compreso tra 150 e 25.823 euro;

La mancata collaborazione dell'impresa all'attività istruttoria viene considerata circostanza aggravante suscettibile di comportare un aumento della sanzione irrogabile per le violazioni del diritto della concorrenza.

I poteri di indagine della Commissione e dell'AGCM sono in ogni caso soggetti ad alcune **limitazioni**, ovvero:

- (i) il divieto di auto-incriminazione → l'impresa è tenuta a fornire alla Commissione o all'AGCM tutte le informazioni da queste ritenute utili per comprendere i fatti oggetto dell'istruttoria e, quindi, anche documenti che possono servire a provare un comportamento anticoncorrenziale.

Tuttavia, la Commissione e l'AGCM non possono obbligare il presunto trasgressore ad ammettere l'esistenza della trasgressione, testimoniando contro sé stesso;

(ii) *la corrispondenza cliente-avvocato* → in base alla prassi europea, la Commissione non può richiedere la produzione di corrispondenza ed altri documenti dei consulenti legali esterni indirizzati all'impresa. Malgrado il silenzio della Legge, l'AGCM segue il medesimo approccio. Più in dettaglio, la giurisprudenza europea riconosce il *legal privilege* (il diritto al segreto professionale) solo per:

- a) i documenti o la corrispondenza tra un legale indipendente (ossia non vincolato da rapporti di lavoro con la società, come ad esempio un *in-house lawyer*) e la società, sempre che trattino materie attinenti all'oggetto dell'istruttoria eventualmente avviata dalle autorità di concorrenza;
- b) i documenti interni della società che riportano il contenuto delle comunicazioni o dei documenti dei legali esterni di cui al punto a).

Essi perderebbero pertanto questa tutela se includessero opinioni, commenti o aggiungessero profili di valutazione ulteriori rispetto al parere dei legali esterni.

- L'art. 21 In considerazione dei principi ora rammentati, occorrerà prestare particolare attenzione a: evidenziare in tutta la corrispondenza con i legali esterni (comprese le *e-mail*) che si tratta di documentazione “*Riservata - Corrispondenza cliente-avvocato*”;
- fare sì che tutte le informazioni interne di carattere sensibile siano scambiate solo oralmente o attraverso i legali esterni;
- non commentare per iscritto, negli scambi di corrispondenza o in documenti indirizzati internamente alla società, né modificare i pareri legali o i documenti provenienti dai legali esterni che trattano di argomenti aventi rilevanza *antitrust*.



6.2 COOPERAZIONE CON ALTRE AUTORITÀ

Tra Commissione, AGCM e altre autorità di concorrenza dell'Unione Europea vi sono contatti regolari, che comprendono anche lo scambio di prove e informazioni concernenti possibili violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione europea.

In determinati casi le informazioni scambiate tra le autorità degli Stati membri possono anche essere utilizzate come prove nei procedimenti istruttori per violazione delle norme di concorrenza nazionali. Questi scambi si sono intensificati a seguito della creazione di una rete tra le autorità di concorrenza di tutti gli Stati membri (*l'European Competition Network*), come prevista dal Regolamento (CE) 1/2003. Lo stesso Regolamento prevede, inoltre, che l'AGCM possa svolgere delle ispezioni a sorpresa in nome e per conto di altre autorità nazionali garanti della concorrenza.

6.3 REGOLE DI COMPORTAMENTO DURANTE LE ISPEZIONI

Nell'eventualità di un'ispezione dell'AGCM o della Commissione è opportuno che **le società del Gruppo**, avvalendosi della Struttura Competente:

- a) assicurino la presenza, durante l'intero accertamento, del responsabile della funzione interessata dall'ispezione e della Struttura Competente della società del Gruppo interessata, che provvederà a coinvolgere eventuali altri soggetti;
- b) verifichino attentamente l'oggetto e lo scopo dell'accertamento, che dovrà risultare dal documento che i funzionari incaricati sono tenuti ad esibire all'inizio dell'accertamento stesso (le imprese hanno il diritto di impedire ispezioni relative a istruttorie che non siano state loro notificate);
- c) vigilino affinché, in ogni stadio dell'accertamento, ci sia piena rispondenza tra l'oggetto, lo scopo e l'arco temporale dell'accertamento ed i singoli atti di accertamento (ad esempio, non sarebbe consentito all'autorità di concorrenza, nel caso di un accertamento su eventuali pratiche restrittive relative al prodotto Z, esaminare la documentazione relativa al prodotto K);
- d) si assicurino che i funzionari incaricati non siano ostacolati nello svolgimento dell'attività ispettiva e che l'integrità di eventuali sigilli, ove apposti, non sia compromessa;
- e) consentano ai funzionari incaricati l'accesso a tutta la documentazione legittimamente richiesta, nonché di estrarre copie cartacee e/o digitali;
- f) assicurino che, ove i funzionari incaricati richiedano loro delle informazioni, i dirigenti e i dipendenti rispondano in modo veritiero e completo, per quanto a loro conoscenza e fermo restando il diritto di non rendere dichiarazioni autoaccusatorie, e che, in caso di dubbi su una risposta, ci si riservi di fornire elementi/precisazioni in seguito;
- g) verifichino che i funzionari incaricati acquisiscano la sola documentazione rilevante ai fini dell'accertamento notificato, prestando attenzione anche ad eventuale corrispondenza con legali esterni, coperta dal c.d. *legal privilege*, redigano e appongano la firma ad un verbale dell'accertamento, che enumeri ed identifichi, con la massima precisione, tutti i documenti di cui essi abbiano effettuato copia.

Valgono, ad ulteriore supporto, le procedure interne al Gruppo FS che declinano le linee di condotta da tenere in caso di ispezioni e/o di interazioni con le autorità amministrative.

PARTE V: CONSEGUENZE DELLE VIOLAZIONI DELLE NORME POSTE A TUTELA DELLA CONCORRENZA



7. CONSEGUENZE DELLE VIOLAZIONI DELLE NORME POSTE A TUTELA DELLA CONCORRENZA

Quando, in esito ad un procedimento istruttorio ai sensi degli artt. 101 o 102 TFUE ovvero degli artt. 2 o 3 della Legge, l'AGCM o la Commissione accertino una violazione delle norme antitrust, impongono all'impresa o alle imprese interessate di astenersi dalla condotta illecita. Contestualmente, possono applicare delle sanzioni e, se necessario, misure comportamentali o strutturali.

Peraltro, può accadere che i procedimenti istruttori avviati possano chiudersi senza accertamento di un'infrazione ove l'impresa o le imprese parti del procedimento offrano degli impegni che siano ritenuti idonei dalle autorità della concorrenza a superare le criticità concorrenziali che avevano determinato l'avvio del procedimento. Tali impegni sono dunque resi obbligatori con provvedimento dell'autorità della concorrenza e le imprese saranno tenute ad osservarli, pena l'applicazione di sanzioni.

7.1 SANZIONI

La legge commina alle imprese responsabili di una violazione degli articoli 101 e 102 del TFUE o degli articoli 2 o 3 della Legge pesanti sanzioni pecuniarie.

La Commissione e l'AGCM possono, infatti, irrogare sanzioni fino ad un importo massimo pari al **10% del fatturato totale** realizzato a livello mondiale durante l'esercizio precedente dal gruppo a cui appartiene l'impresa ritenuta responsabile dell'infrazione³⁵. Le sanzioni devono essere pagate entro il termine fissato dalla Commissione o dall'AGCM (normalmente di 90 giorni).

³⁵ Qualora la violazione sia imputabile (anche) ad un'associazione di imprese e riguardi le attività dei membri della stessa, la sanzione non dovrà superare il 10 % della somma del fatturato totale di ciascun membro attivo sul mercato interessato dall'infrazione dell'associazione.

Particolare attenzione va prestata all'ipotesi in cui un'altra società (c.d. *parent company*) eserciti un'influenza determinante (ai sensi della disciplina *antitrust*) sull'impresa che ha commesso l'illecito concorrenziale³⁶.

In tale ipotesi, infatti, la Commissione e l'AGCM possono ritenere la *parent company* responsabile dell'infrazione ed estendere l'istruttoria anche nei suoi confronti con l'effetto di aumentare l'importo della sanzione.



Negli ultimi anni il livello delle sanzioni irrogate dalla Commissione e dall'AGCM si è progressivamente, significativamente, innalzato in parallelo con la politica di maggiore severità nei confronti delle infrazioni alle regole di concorrenza.

L'entità della sanzione viene determinata dalla Commissione e dall'AGCM avuto riguardo al necessario effetto deterrente e alle seguenti circostanze:

- natura e oggetto delle infrazioni;
- ampiezza del mercato interessato;
- quota di mercato delle imprese responsabili dell'infrazione;
- pregiudizio causato a concorrenti effettivi o potenziali, consumatori, utilizzatori finali;
- durata delle infrazioni;
- reiterazione di comportamenti illeciti.

7.2 ORIENTAMENTI DELLA COMMISSIONE

Nel 2006 la Commissione ha pubblicato una **Comunicazione** (gli “*Orientamenti per il calcolo delle ammende*”) volta ad informare le imprese sui metodi utilizzati per la determinazione delle ammende. La metodologia utilizzata dalla Commissione per la determinazione dell'ammenda si compone di due fasi.

- (i) **Fase 1** → La determinazione dell'**importo di base**, che avviene tenendo conto dei seguenti elementi:
- a) **gravità**: è stabilita una forcella tra lo 0 e il 30 % del valore delle vendite dei beni/servizi in questione realizzate dall'impresa nella zona geografica interessata. Qualora la violazione sia imputabile (anche) ad un'associazione di imprese e tale violazione riguardi le attività dei suoi membri, il valore delle vendite corrisponderà in generale alla somma dei valori delle vendite realizzate dagli stessi. Per le infrazioni particolarmente gravi (fissazione dei prezzi, ripartizione dei mercati e limitazione della produzione) è previsto un aumento supplementare compreso tra il 15 e il 25% del valore delle vendite al fine di dissuadere ulteriormente le imprese dal prendere parte a tali tipologie di infrazioni (c.d. *entry fee*);
 - b) **durata dell'illecito**: l'importo così calcolato è moltiplicato per il numero di anni di partecipazione all'infrazione.

³⁶ La condizione relativa all'esercizio di un'influenza determinante viene presunta nel caso in cui la *parent company* detenga il 100% o quasi del capitale sociale di un'altra società.

- (ii) Fase 2 → L'importo base determinato nella fase precedente viene poi aumentato o diminuito in considerazione dell'applicazione di:
- a) **circostanze aggravanti**
 - Ruolo d'istigatore o di capofila nel cartello
 - Recidiva
 - Ostruzionismo durante lo svolgimento dell'istruttoria, *etc.*
 - b) **circostanze attenuanti**
 - Prova di aver posto fine immediatamente alle attività illecite o di aver commesso l'infrazione per negligenza
 - Ruolo marginale
 - Collaborazione efficace (al di fuori del programma di *leniency*, cfr. *infra*)
 - Comportamento anticoncorrenziale autorizzato o incoraggiato dalle autorità pubbliche o dalla legge.
 - c) **aumento specifico**
 - Viene applicato al fine di garantire un effetto sufficientemente dissuasivo delle ammende nel caso in cui le imprese in questione abbiano un fatturato particolarmente rilevante o l'importo degli utili illeciti ottenuti grazie all'infrazione sia particolarmente elevato.

Il calcolo della sanzione finale può dunque essere riassunto nei seguenti passaggi:

Importo di base (gravità + durata)
+ Circostanze aggravanti
– Circostanze attenuanti
(+ Eventuale aumento specifico)

Nel determinare l'entità della sanzione, le autorità tengono altresì conto del fatto che generalmente le imprese di grandi dimensioni dispongono di conoscenze e di infrastrutture giuridico-economiche che consentono loro di essere maggiormente consapevoli del carattere illecito del loro comportamento e delle conseguenze che ne derivano sotto il profilo del diritto della concorrenza.

7.3 LINEE GUIDA DELL'AGCM

Nel 2014 anche l'AGCM ha adottato le proprie linee guida per il calcolo delle sanzioni (“**Linee Guida**”)³⁷, che ricalcano sostanzialmente le previsioni contenute negli Orientamenti della Commissione.

³⁷ AGCM, provvedimento n. 25152, del 22 ottobre 2014, recante “*Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative*”.

Tuttavia, in aggiunta a quanto previsto negli Orientamenti, l'AGCM ha introdotto la possibilità di ottenere una riduzione della sanzione fino al 15% per effetto dell'adozione e dell'effettiva attuazione di un **programma di *compliance antitrust*** in linea con le *best practice* europee e nazionali.³⁸



È, pertanto, evidente l'importanza che i programmi di *compliance* siano effettivamente disegnati e condotti rispondendo ai più elevati *standard* e tenendo conto delle specifiche esigenze dell'impresa che li adotta. Saranno considerati tali i programmi che prevedono:

- *un pieno coinvolgimento del management* che faccia percepire all'interno dell'azienda l'importanza del rispetto della normativa *antitrust*;
- *l'identificazione del personale responsabile del programma*;
- *l'identificazione e la valutazione dei rischi sulla base del settore di attività e del contesto operativo*;
- *l'organizzazione di attività di training adeguate alle dimensioni economiche dell'impresa* sì da diffondere costantemente ed efficacemente la cultura *antitrust* all'interno dell'impresa;
- *la previsione di incentivi per il rispetto del programma nonché di disincentivi* (quali ad esempio l'applicazione di sanzioni disciplinari) *per il mancato rispetto dello stesso*;
- *l'implementazione di sistemi di monitoraggio e di auditing* volti a prevenire eventuali violazioni.

7.4 LENIENCY

La Commissione e l'AGCM accordano benefici (immunità o significativa riduzione delle sanzioni) per le imprese che forniscono informazioni utili a consentire di individuare e sanzionare cartelli di prezzo e altre gravi intese anticoncorrenziali.

Le condizioni di questi benefici sono indicate in apposite comunicazioni (c.d. *Leniency Notice*)³⁹ che prevedono l'immunità totale dall'ammenda per l'impresa che per prima fornisca informazioni o prove sufficienti per procedere ad un'ispezione o accertare un'infrazione.

Per beneficiare dell'immunità l'impresa deve però: (i) assicurare alla Commissione (o all'AGCM, a seconda dell'autorità cui si forniscono le informazioni) una collaborazione completa e continuativa; (ii) cessare di partecipare all'infrazione, senza informarne gli altri partecipanti all'intesa e (iii) non aver costretto altre imprese a partecipare al cartello (condizione richiesta solo dalla Commissione).



È inoltre prevista una riduzione dell'ammenda per le imprese che non soddisfano i requisiti per ottenere l'immunità, ma forniscono alla Commissione o all'AGCM un effettivo contributo

³⁸ Cfr. l'ultimo *bullet point* del paragrafo 23 delle Linee Guida.

³⁹ Cfr. *Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese* (GUUE 2006/C-298/11), (come modificata da una successiva Comunicazione della Commissione pubblicata in GUUE 2015/C 256/01), e 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, pubblicata nel bollettino n. 11 del 25 marzo 2013 e dalla delibera n. 24506 del 31 luglio 2013, pubblicata nel bollettino n. 35 del 9 settembre 2013).

all'accertamento dell'infrazione. La riduzione potrà giungere fino al 50% dell'ammenda a seconda del momento in cui l'impresa ha fornito l'effettivo contributo all'accertamento dell'infrazione.

Il programma di *leniency* può costituire un importante elemento di valutazione per le imprese partecipanti a cartelli. Tuttavia, anche perché i benefici in relazione alle ammende non sottraggono il trasgressore ad eventuali azioni civili di risarcimento dei danni, le implicazioni del ricorso alla *leniency* sono complesse, particolarmente nel caso di cartelli internazionali.

È pertanto importante valutare attentamente, attraverso la Struttura Competente della società del Gruppo interessata ed avvalendosi di competenze specifiche, l'opportunità di conformarsi alla *Leniency notice* della Commissione e dell'AGCM.



Le Linee Guida dell'Autorità hanno inoltre introdotto la c.d. *amnesty plus*.



In base a tale disposizione, un'impresa coinvolta in un procedimento istruttorio dell'AGCM potrà beneficiare di una riduzione fino al 50% della sanzione applicabile per l'infrazione oggetto di tale procedimento nel caso in cui essa fornisca informazioni ritenute decisive per l'accertamento di una infrazione diversa da quella oggetto dell'accertamento.

Così facendo, quindi, l'impresa in questione potrà ottenere (a) una riduzione della sanzione nel procedimento in corso, (b) l'immunità dalla sanzione per l'infrazione rivelata per mezzo del programma di *leniency*.

La partecipazione ad un programma di *leniency* non fa venire meno i rischi connessi alla possibile applicazione di sanzioni penali, alla nullità degli accordi, ai profili di risarcimento del danno e di danni all'immagine dell'impresa.

7.5 LA PROCEDURA DI TRANSAZIONE O *SETTLEMENT*

La Legge annuale per il mercato e la concorrenza n. 118/2022 ha introdotto l'istituto della transazione (o *settlement*) nei procedimenti dinanzi all'AGCM volti ad accertare una violazione del divieto di intese e/o di abuso di posizione dominante⁴⁰.

In particolare, nel corso dell'istruttoria l'AGCM può fissare un termine entro il quale le imprese interessate possano manifestare per iscritto la loro disponibilità a partecipare a discussioni in vista dell'eventuale presentazione di proposte di transazione. In caso di esito favorevole di tali discussioni, l'AGCM può fissare un termine entro il quale le imprese interessate possono impegnarsi a seguire la procedura di transazione presentando proposte transattive che rispecchino i risultati delle discussioni svolte e in cui riconoscano la propria partecipazione a un'infrazione a norma degli articoli 101 o 102 TFUE e/o 2 o 3 della L. 287/1990.

⁴⁰ Cfr. art. 14-*quater* della Legge e la Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 14-*quater* della Legge 10 ottobre 1990, n. 287 del 22 maggio 2023.

L' AGCM, qualora la procedura di transazione si concluda positivamente, ridurrà del l'ammontare della sanzione da irrogare:

- del 20% nei procedimenti che non hanno ad oggetto un cartello segreto;
- del 10% nei procedimenti che hanno ad oggetto un cartello segreto.

Una procedura analoga è prevista nei procedimenti dinanzi alla Commissione, limitatamente ai procedimenti per cartello, e in caso di esito positivo conduce ad una riduzione del 10% dell'importo della sanzione.

8. SANZIONI PENALI A CARICO DI AMMINISTRATORI E DIPENDENTI

Diversamente da altri ordinamenti (*in primis* il Regno Unito e gli Stati Uniti d'America), né il diritto della concorrenza europeo né quello italiano prevedono sanzioni penali per gli amministratori e i dipendenti di imprese colpevoli di violazione delle regole di concorrenza.

Tuttavia, come anticipato *supra* (cfr. § 2.2), laddove l'illecito *antitrust* sia stato posto in essere nell'ambito della partecipazione a gare pubbliche, vi è il rischio che i soggetti coinvolti siano esposti ad indagini penali per accertare la sussistenza del reato di turbativa d'asta.

9. NULLITÀ DEGLI ACCORDI E RISARCIMENTO DEL DANNO

Gli accordi (e le clausole) contrari all'art. 101 TFUE o all'art. 2 della Legge sono nulli e quindi inefficaci.



La violazione di tali regole può inoltre dar luogo al **diritto al risarcimento di danni** (in sede civile) da parte di clienti, concorrenti, consumatori o associazioni di consumatori danneggiati dalla condotta illecita, oltre che del contraente di un accordo anticoncorrenziale ritenuto non responsabile della violazione (ad esempio, il licenziatario di un'impresa con significativo potere di mercato).

L'accertamento della nullità e dei danni conseguenti alla violazione delle norme di concorrenza spetta alle giurisdizioni degli Stati membri e non alla Commissione o all'AGCM. In Italia le azioni di nullità e risarcimento del danno (c.d. azioni di *private enforcement*), a partire dal dicembre 2014, ricadono nella competenza delle **sezioni specializzate dei Tribunali di Milano, Roma e Napoli**.

La Corte di Cassazione ha esplicitamente riconosciuto anche ai consumatori finali la possibilità di agire per il risarcimento del danno subito, promuovendo azioni dinanzi al giudice competente. Azioni civili nei confronti di imprese italiane possono essere proposte anche davanti ai tribunali di Stati esteri eventualmente aventi giurisdizione sulla controversia specifica.

Nel dicembre 2014 è entrata in vigore la Direttiva 2014/104/UE (c.d. **Direttiva Private Enforcement**), che è stata recepita in Italia con il D. Lgs. n. 3/2017.



Tale Direttiva ha introdotto importanti novità in materia di *private enforcement*, imponendo agli Stati membri di adottare discipline tali per cui, in caso di decisioni definitive (*i.e.* non più impugnabili o confermate dal giudice amministrativo) delle autorità garanti della concorrenza (“**Decisione Definitiva**”), il giudice debba:

- considerare definitivamente accertate le violazioni contestate;
- presumere la sussistenza di un nesso causale tra la violazione ed il danno, lasciando tuttavia agli autori di tale violazione il pieno diritto di confutare tale presunzione;
- verificare che l’attore sia stato in grado di provare la quantificazione del danno subito.

Tuttavia, nel caso in cui la quantificazione sia impossibile o eccessivamente difficile, il giudice potrà liquidare il danno sulla base di stime.

A livello italiano, il D. Lgs. n. 3/2017 ha dunque previsto che, in presenza di una Decisione Definitiva con la quale venga constatata una violazione del diritto *antitrust*, il giudice deve:

- (i) considerare definitivamente accertata detta violazione con riferimento alla **natura della violazione** e alla sua **portata materiale, personale, temporale e territoriale**. La decisione di una autorità garante della concorrenza di un altro Stato membro ha, invece, valore probatorio attenuato, essendo la stessa sempre “*valutabile insieme agli altri elementi di prova*” dal giudice nazionale;
- (ii) nel caso di accordo tra concorrenti (c.d. cartello), presumere l’esistenza del danno salvo prova contraria dell’autore della violazione;
- (iii) nel caso di intese diverse da quelle da quelle *sub* (ii), verificare che l’attore sia in grado di provare il danno e il nesso di causalità.



10. DANNO ALL’IMMAGINE DELL’IMPRESA

Negli ultimi anni è aumentata la percezione della gravità delle infrazioni alle regole di concorrenza e, conseguentemente, anche l’impatto negativo sull’immagine e la reputazione delle imprese sia a livello nazionale che internazionale.

Le decisioni che accertano le infrazioni hanno una vasta eco nei *mass media*. La Commissione e l’AGCM pubblicano il testo integrale delle decisioni sui propri siti *internet* e pubblicizzano i procedimenti con comunicati stampa e nelle relazioni annuali.

fsitaliane.it