



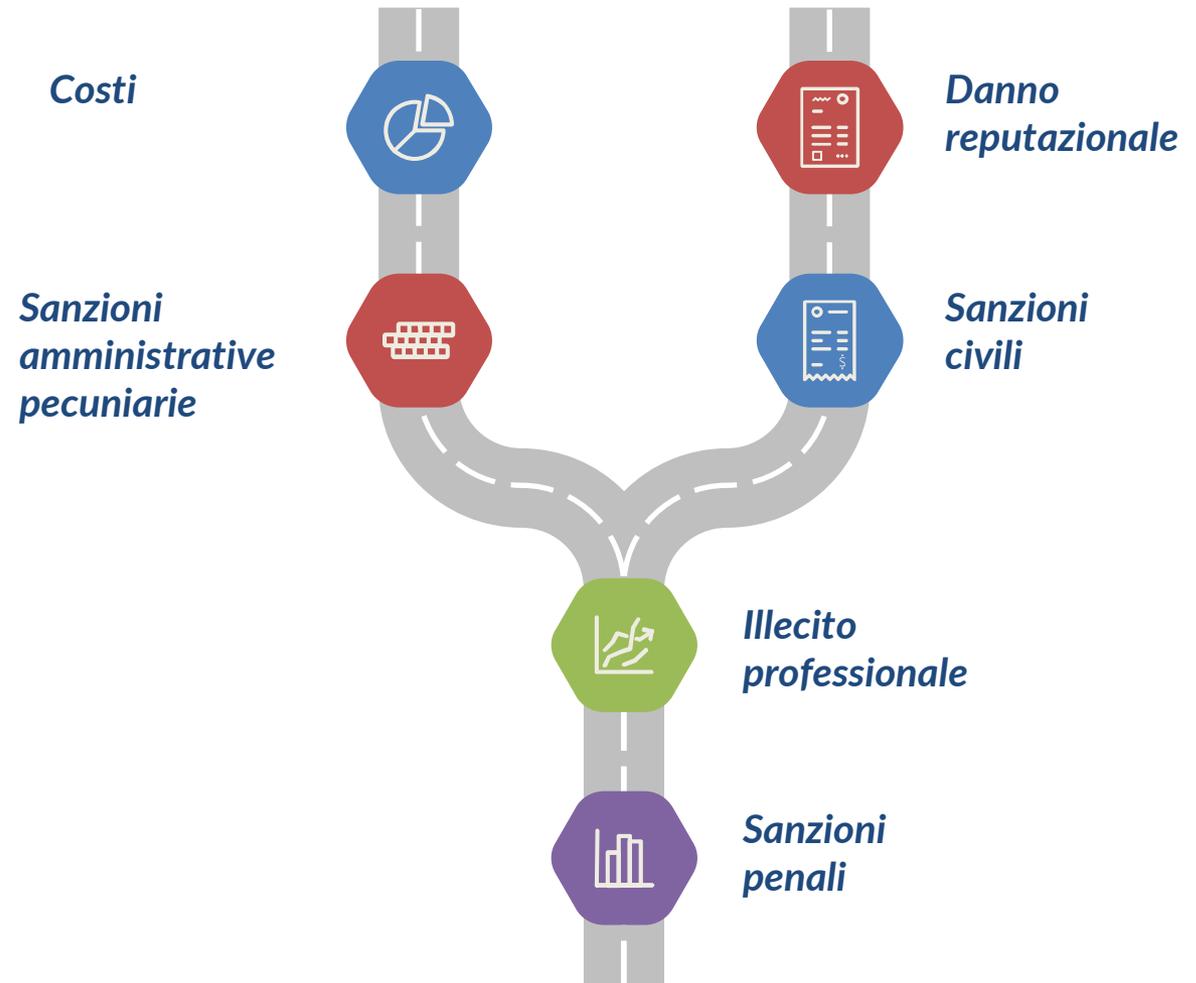
## **La disciplina *antitrust* in materia di intese e gli illeciti in sede associativa**

Avv. Carlo Edoardo Cazzato – 21 maggio 2024  
ASSIRM

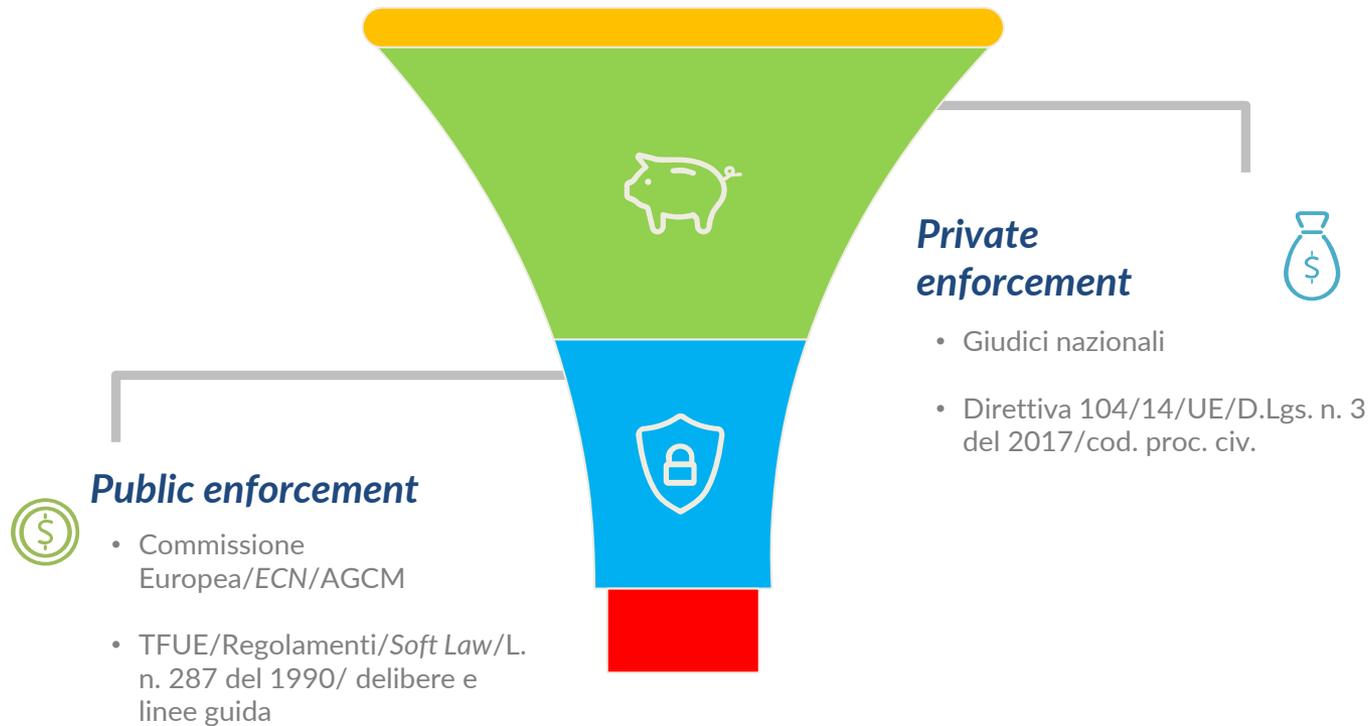
[www.orsinger.com](http://www.orsinger.com)

Parte I  
*Antitrust basics*

# Le conseguenze dell'illecito *antitrust*



# Il sistema delle tutele *antitrust* in Italia



## Le intese restrittive della concorrenza

- **Intese lecite e illecite:** non tutte le intese sono illecite.
- **Intese orizzontali e verticali:** non tutte le intese sono di pari gravità.
- **Struttura delle norme:**
  - ❖ Descrizione
  - ❖ Divieto
  - ❖ Deroghe



## Le intese: premesse

### ➤ Art. 2 L. n. 287/1990

1. Sono considerati intese gli **accordi e/o le pratiche concordati** tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari.
2. Sono **vietate** le intese tra imprese che abbiano **per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante**, anche attraverso attività consistenti nel:
  - a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali;
  - b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico;
  - c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
  - d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;
  - e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi.
3. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto.

### ➤ Art. 101 TFUE

1. Sono **incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate** che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di **impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno** ed in particolare quelli consistenti nel:
  - a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;
  - b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
  - c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
  - d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;
  - e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.
2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono **nulli di pieno diritto**.
3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 **possono essere dichiarate inapplicabili**:
  - a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese,
  - a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e
  - a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate,che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di
  - a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi;
  - b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.



## La normativa applicabile

### Relazione tra normativa comunitaria e nazionale

- Supremazia del diritto euro-comunitario;
- articolo 1, comma 4, Legge n. 287/1990 secondo cui «L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza»;
- AGCM può applicare entrambi ma **deve** applicare art. 101 TFUE se “pregiudizio a commercio tra Stati membri”;
- sostanzialmente analoghi;
- strategicamente diversi.

## Le intese: gli elementi costitutivi

### ➤ La nozione di impresa: non c'è

#### ❖ *Ratio*

#### ❖ La giurisprudenza ha colmato il *gap*

Corte di giustizia ha optato per una nozione estremamente **estesa intendendo per attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato** (Corte di Giustizia, 16 giugno 1987 C-118/85, Commissione/Italia). E' significativo osservare che la scelta di ricorrere ad una nozione così ampia è "figlia" del particolare rilievo dato alle dinamiche concorrenziali e della conseguente esigenza di evitare che le vesti formali di un soggetto vengano utilizzate per sottrarsi all'applicazione delle regole della concorrenza. La formale separazione tra due imprese conseguente alla loro distinta personalità giuridica non è decisiva, mentre lo è l'unità o meno del loro comportamento sul mercato.

#### ❖ I rapporti infragruppo (**es. Persidera**)

È stato recentemente affermato anche che la vittima di un'infrazione alle regole di concorrenza dell'Unione commessa da una società madre può chiedere alla società figlia di quest'ultima il risarcimento dei danni derivanti da tale infrazione. A tal fine, essa dovrà provare che le due società costituivano un'unità economica al momento dell'infrazione (cfr. Sumal c S.L. c. Mercedes Benz Trucks España, S.L, causa C-882/19).

#### ❖ I professionisti (**es. I797**)





## Le intese: gli elementi costitutivi *(segue)*

Le intese possono essere:

- **Orizzontali**: fra le imprese dello stesso livello della catena di produzione;
- **Verticali**: fra imprese operanti in mercati situati su livelli diversi della filiera produttiva.

È opinione diffusa, che le intese verticali siano meno nocive delle orizzontali per il mercato e per la concorrenza.

## Le intese: gli elementi costitutivi *(segue)*

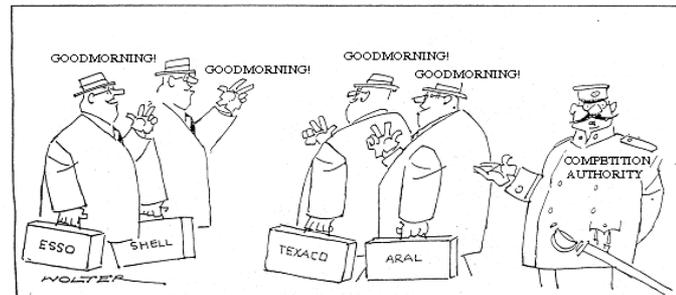
### ➤ L'elemento oggettivo

- ❖ **Accordi:** forma e sostanza (**es. accordi verticali**)
- ❖ **Decisioni (deliberazioni in Italia) di associazioni di imprese (es. I783)**
  - ✓ *Ratio*
  - ✓ *Vantaggi*
- ❖ **Le pratiche concordate (es. I820)**



## Le intese: gli elementi costitutivi (segue)

- **Oggetto o effetto restrittivo**
  - ❖ Rapporto tra fattispecie
  - ❖ L'impatto sull'onere della prova (**es. 1790**)
  
- **Le fattispecie menzionate dal legislatore: sono meri esempi**



*“Cosa dovrei fare? Dicono che questa non è una pratica concordata, ma il loro tipico modo di salutarsi...”*

## Le intese: gli elementi costitutivi *(segue)*

- Oggetto o effetto restrittivo
  - ❖ Rapporto tra fattispecie
  - ❖ L'impatto sull'onere della prova (**es. 1790**)





## Le intese: gli elementi costitutivi *(segue)*

### Dicotomia tra elementi endogeni ed esogeni e onere della prova

- Elementi **endogeni**
  - ✓ stranezza intrinseca della condotta, mancanza di spiegazioni alternative;
  - ✓ in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello in pratica riscontrato;
  - ✓ onere della prova **spetta all'Autorità**.
  
- Elementi **esogeni**
  - ✓ prova di contatti tra le imprese, scambi di informazioni, accordi;
  - ✓ fattori non altrimenti spiegabili in un contesto di sano confronto concorrenziale;
  - ✓ l'impresa deve fornire *«una giustificazione diversa dei contatti e delle informazioni, e, in particolare, di spiegare la razionalità economica delle condotte parallele in una prospettiva di autonome iniziative di impresa»* (Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 4244)
  - ✓ inversione dell'onere della prova, **a carico dell'impresa**.

## Le condotte vietate: alcuni esempi

- La fissazione dei prezzi e le strategie di prezzo (compresi i singoli elementi del prezzo);
- Il volume delle vendite o della produzione (cartello sulle quantità);
- La ripartizione del mercato o la ripartizione della clientela;
- Il comportamento di mercato;
- I termini e altre condizioni commerciali come il pagamento, consegna etc;
- La manipolazione delle gare d'appalto c.d. «Bid-rigging».



## Le intese: gli elementi costitutivi *(segue)*

- L'intesa deve essere **consistente**
  - ❖ Esiste un criterio *de minimis*
  - ❖ Si applica diversamente tra intese orizzontali e verticali





## Le efficienze

- **Esenzioni:** è necessario che effetti favorevoli eccedano effetti negativi
  - ❖ per categoria (**es. rotaie**)
  - ❖ **individuali ex 101(3):** onere della prova sull'impresa che ne voglia beneficiare
    - ✓ Il miglioramento dell'offerta
    - ✓ I benefici per i consumatori
    - ✓ Indispensabilità delle restrizioni
    - ✓ Non eliminazione della concorrenza (**es. I790/C12207**)

# Il procedimento *antitrust* dinanzi all'AGCM



# L'esito del procedimento



**Archiviazione**  
(art. 15, co. 1-  
*quarter*, L.  
241/90)

- 1 Nessun accertamento.
- 2 Conseguenze sul *private enforcement*
- 3 Pubblicità



**Accertamento e  
diffida**  
(art. 15, co. 1, L.  
241/90)

- 1 Perimento dell'accertamento
- 2 Diffida e inottemperanza
- 3 Pubblicità



**Sanzione**  
(art. 15, co. 1-  
*bis* e 1-  
*ter*, L.  
241/90)

- 1 La sua quantificazione
- 2 Il trend dell'AGCM
- 3 Le novità del D.lgs. n. 185/2021 che recepisce Direttiva ECN



**Impegni**  
(art. 14-*ter*  
L. 241/90)

- 1 Un *sub* procedimento
- 2 Il termine
- 3 Il *market test*



## Direttiva ECN+ e il rafforzamento dei poteri delle Autorità di concorrenza

- La Direttiva UE 2019/1 dell'11 dicembre 2018, recepita nel nostro ordinamento con il **Decreto Legislativo dell'8 novembre 2021 n. 185** (di seguito, anche solo «**Decreto**»), conferisce maggiori poteri alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, facendo sì che, nell'applicare la stessa base giuridica, esse dispongano di strumenti di applicazione adeguati, al fine di creare in tal modo un vero e proprio spazio comune di applicazione delle norme sulla concorrenza.
- La Direttiva, anche mediante il **rafforzamento della cooperazione tra Autorità**, intende dunque contribuire alla realizzazione di un autentico mercato unico, promuovendo l'obiettivo globale di creare mercati competitivi e di favorire l'occupazione e la crescita.



## Direttiva ECN+ e i poteri dell'AGCM

### ➤ Ampliamento dei poteri di indagine:

- svolgere ispezioni a sorpresa in locali diversi da quelli nei quali si svolge l'attività di impresa, **incluse le abitazioni dei dirigenti, amministratori e altri membri del personale delle imprese interessate;**
- **convocare in audizione ogni soggetto** che possa essere in possesso di informazioni rilevanti ai fini dell'istruttori;
- **accettare tutti i tipi di prove nell'ambito di un'indagine,** indipendentemente dal supporto su cui sono archiviate;
- ispezionare e prelevare documenti, ***“su qualsiasi forma di supporto”***;
- possibilità di prorogare le **misure cautelari** per un periodo di tempo determinato.



## Direttiva ECN+ e garanzie per le imprese

- **Le richieste di informazioni devono essere proporzionate e adeguate** ai fini dell'istruttoria, devono indicare un termine ragionevole per fornire il riscontro e non possono obbligare i destinatari ad ammettere un'infrazione delle norme a tutela della concorrenza;
- **Le ispezioni presso le abitazioni possono essere eseguite dopo aver ottenuto una preventiva autorizzazione giudiziale**, qualora sussistano motivi ragionevoli per sospettare che vi siano conservati documenti pertinenti ai fini della prova dell'infrazione.



## Direttiva ECN+ e programma di clemenza

### Il Decreto:

- richiede all'AGCM di prevedere, **un programma di clemenza che definisca i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione, la sanzione amministrativa pecuniaria possa essere non applicata** o ridotta per le imprese che rivelino la loro partecipazione a cartelli segreti;
- **specifica le condizioni per la concessione della riduzione delle sanzioni;**
- prevede che le dichiarazioni possano essere presentate **per iscritto o in forma orale;**
- prevede la possibilità, per l'impresa che ha avanzato una domanda di clemenza alla Commissione europea, di presentare all'AGCM **una domanda in forma semplificata** (se la medesima infrazione riguardi più di 3 Stati Membri);
- le dichiarazioni saranno **accessibili solo alle parti del procedimento interessate dalla domanda di clemenza**. Inoltre, la parte che ha ottenuto l'accesso al fascicolo del procedimento istruttorio può utilizzare informazioni desunte dalle dichiarazioni legate al programma di clemenza solo nell'ambito della procedura di indagine per rispondere alle accuse formulate dall'AGCM o nei ricorsi innanzi all'autorità giudiziaria;
- estende gli effetti della domanda di clemenza alle **persone fisiche**.



## Direttiva ECN+ e sanzioni

L'AGCM può imporre:

- Un'ammenda **fino all'1%** del fatturato totale realizzato a livello mondiale nel caso l'impresa ostacoli un'ispezione, non fornisca le informazioni richieste, o non si presenti in audizione;
- Penalità di mora **fino al 5%** del fatturato medio giornaliero dell'impresa per ogni giorno di ritardo nell'ottemperare alle richieste dell'Autorità;
- L'Autorità può irrogare **sanzioni pecuniarie e penalità di mora anche alle persone fisiche** che, dolosamente o per colpa: a) ostacolano l'accertamento ispettivo; b) forniscono informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti in risposta a una richiesta di informazioni; c) non si presentano all'audizione.
- **Termine prescrizione per l'imposizione della sanzione: 10 anni.** Il termine si interrompe per la durata dei procedimenti istruttori dinanzi alle ANC di altri Stati membri o alla Commissione europea. Per effetto di tale interruzione, decorre un nuovo periodo di prescrizione. Il termine è invece sospeso laddove il procedimento sia pendente dinanzi al giudice amministrativo.



## Direttiva ECN+ e associazioni

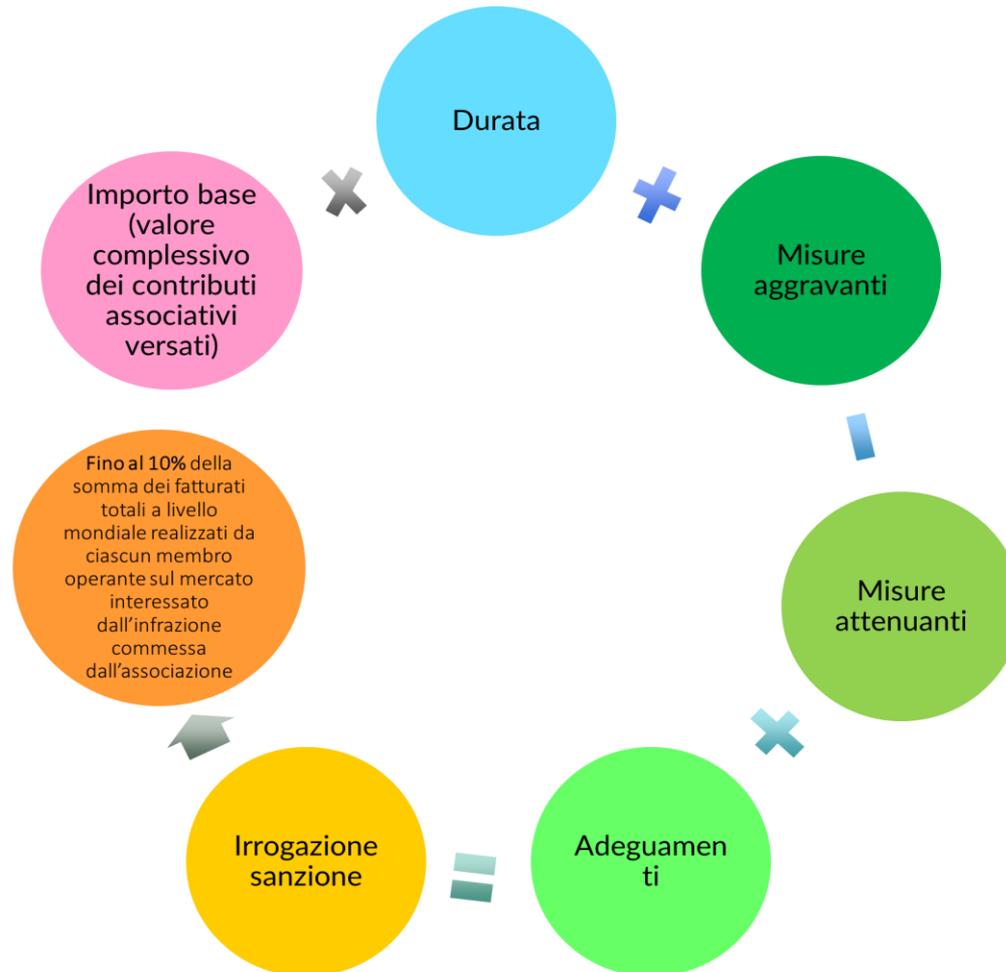
- **Nel sistema previgente** le sanzioni alle associazioni di imprese (per esempio, le associazioni di categoria e gli ordini professionali) si basavano sul valore complessivo dei contributi associativi versati dai rispettivi membri;
- Il Decreto dispone invece un **aumento significativo nel calcolo delle sanzioni per le associazioni di imprese**: se l'infrazione commessa da un'associazione di imprese riguarda le attività dei suoi membri, l'AGCM dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria **fino al 10% della somma dei fatturati totali a livello mondiale realizzati da ciascun membro** operante sul mercato interessato dall'infrazione commessa dall'associazione (a prescindere dal fatto che il membro abbia partecipato all'infrazione).

## Direttiva ECN+ e associazioni *(segue)*

### Le sanzioni per le associazioni di imprese

- Il Decreto prevede una **responsabilità solidale** tra i membri dell'associazione di imprese:
  - se a un'associazione di imprese è irrogata una sanzione tenendo conto del fatturato dei suoi membri e l'associazione non è solvibile, **l'AGCM può domandare all'associazione di richiedere ai propri membri contributi a concorrenza dell'importo della sanzione;**
  - se tali contributi non vengono versati integralmente all'associazione entro il termine fissato dall'AGCM, la stessa può esigere il pagamento della sanzione direttamente da qualsiasi **impresa i cui rappresentanti erano membri degli organi decisionali dell'associazione quando quest'ultima ha assunto la decisione che ha costituito l'infrazione;**
  - se necessario a garantire il pagamento integrale della sanzione, l'AGCM può anche esigere il pagamento dell'importo della sanzione ancora dovuto **da qualsiasi membro dell'associazione** che operava sul mercato nel quale si è verificata l'infrazione, a meno che quest'ultimo dimostri di non aver attuato la decisione anticoncorrenziale dell'associazione, di non essere a conoscenza della stessa ovvero di essersi attivamente dissociato da essa prima dell'inizio dell'indagine.

# La quantificazione delle sanzioni



**Parte II**  
***Le dinamiche associative***

## Premessa

- Generalmente, le associazioni di imprese promuovono finalità istituzionali compatibili con le regole di concorrenza.
- Tuttavia, in alcune circostanze la condotta dell'associazione può rilevare in un'ottica *antitrust* con conseguente applicabilità degli artt. 101 TFEU e 2 L. n. 287/1990.
- I rischi:
  - il contesto associativo può essere utilizzato per la **concertazione di comportamenti degli associati**, anche nei casi in cui l'associazione non riveste un ruolo attivo nell'implementazione condotta;
  - può essere la stessa associazione a **promuovere il coordinamento** degli aderenti sul mercato, ovvero a recepirne una siffatta volontà;
  - l'associazione può, inoltre, prevedere **condizioni di ammissione discriminatorie**.

## L'intervento dell'AGCM sugli illeciti associativi in ... casi (segue)

- **1783:** l'Autorità ha accertato che i comportamenti posti in essere da Gruppo Argenta S.p.A.; D.A.E.M. S.p.A. e le sue controllate; GE.SA. S.p.A.; Gruppo Illiria S.p.A.; IVS Italia S.p.A.; Liomatic S.p.A.; Ovdamatic S.r.l.; Sellmat S.r.l.; Serim S.r.l.; Sogeda S.r.l.; Supermatic S.p.A. e **CONFIDA** (Associazione Italiana Distribuzione Automatica), consistenti nel coordinamento delle politiche commerciali finalizzate a limitare il confronto concorrenziale tra le imprese parti su prezzi, ambiti territoriali di operatività e rispettiva clientela nel mercato italiano dei servizi relativi alla gestione dei distributori automatici e semi-automatici, costituivano un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'articolo 101 del TFUE, sanzionando le suddette imprese. In particolare, l'AGCM ha ritenuto che le condotte delle parti siano state caratterizzate da una medesima finalità, consistente nel piano comune mirante a preservare la marginalità delle imprese, limitando, direttamente e indirettamente, la concorrenza di prezzo. Ciò sarebbe avvenuto direttamente, allorché le parti e l'associazione di categoria avrebbero concertato il comportamento che esse stesse e la generalità del mercato avrebbero dovuto tenere in situazioni in cui, a causa di particolari eventi esogeni, si temeva lo sviluppo di una concorrenza di prezzo aggressiva tra gli operatori. La finalità comune risulterebbe essere stata altresì perseguita indirettamente dalle parti del procedimento attraverso il patto di non belligeranza e il meccanismo delle compensazioni che hanno permesso una pervasiva ripartizione della clientela e dei territori serviti, favorendo elevati livelli di prezzo;
- **1789:** l'AGCM ha accertato un'intesa unica, complessa e continuata posta in essere da talune agenzie di moda, parti del procedimento, e l'associazione di categoria (**Assem**), volta a distorcere fortemente i meccanismi di confronto concorrenziale nel mercato nazionale del *model management*, con l'esclusione delle prestazioni delle modelle di categoria più elevata. L'associazione di categoria risulterebbe essere stata lo strumento e il veicolo di concertazione tra concorrenti (in particolare in quanto presso di essa si tenevano frequenti riunioni per mettere a punto la linea comune), nonché l'interfaccia tra concorrenti e clienti;

(segue)

- **I790:** l'Autorità ha accertato la violazione dell'art. 101 TFUE nei confronti della Lega Professionisti Serie A, Infront Italy S.r.l., Sky Italia S.r.l., Reti Televisive Italiane S.p.A. e Mediaset Premium S.p.A. Difatti, a fronte di un iniziale confronto competitivo tra Sky e RTI/Mediaset Premium, manifestatosi anche attraverso campagne mediatiche e iniziative stragiudiziali per l'assegnazione dei diritti audiovisivi per il campionato di calcio di Serie A per il triennio 2015-2018, tali operatori avrebbero poi preso parte ad un accordo con la **Lega Professionisti** (associazione a carattere privatistico delle società calcistiche iscritte ai Campionati di Serie A) e Infront che avrebbe alterato, di fatto, l'esito della procedura competitiva con conseguente spartizione dei diritti tra gli operatori storici e consolidamento delle rispettive posizioni di mercato;
- **I793:** l'Autorità ha accertato l'esistenza di un coordinamento dei comportamenti commerciali fra talune imprese cementiere a livello nazionale, finalizzato all'aumento dei prezzi del cemento, assistito da un controllo delle quote di mercato relative delle parti, con l'eliminazione di effettive dinamiche concorrenziali nel mercato. Detto coordinamento avrebbe trovato attuazione mediante diverse condotte, tutte rispondenti ad un medesimo disegno: in primo luogo, nella determinazione concertata degli incrementi di prezzo dei listini e nella pratica di invio simultaneo, alla generalità della domanda, di comunicazioni relative all'applicazione futura di identici aumenti; poi, nella verifica e monitoraggio dell'effettiva attuazione di detta pratica commerciale nonché dell'applicazione degli aumenti prospettati; infine, nel controllo della stabilità delle relative quote di mercato, risultando funzionale a detto controllo anche una sistematica attività di scambio di informazioni sensibili effettuato con il supporto attivo dell'associazione di categoria;

(segue)

- **I805:** l'AGCM ha accertando l'attuazione di due distinte intese volte a distorcere le dinamiche concorrenziali rispettivamente nel mercato dei fogli in cartone ondulato e nel mercato degli imballaggi in cartone ondulato. Il procedimento ha coinvolto le principali imprese produttrici di fogli ed imballaggi in cartone ondulato, nonché della relativa associazione di categoria **Gruppo Italiano Fabbricanti Cartone Ondulato (GIFCO)** per aver posto in essere un'intesa segreta, unica e continuata nel tempo, in violazione dell'articolo 101, par. 1, TFUE. L'intesa sarebbe consistita nella definizione dei prezzi di vendita del cartone ondulato in particolare agli scatolifici non verticalmente integrati, e nella definizione di fermi degli stabilimenti produttivi, al fine di ridurre l'output di modo da sostenere l'aumento del prezzo del foglio e preservare la propria marginalità, anche in danno dei concorrenti non integrati. Il coordinamento si è articolato, in primo luogo, sotto forma della definizione concordata degli sconti su un listino comune e per il tramite di scambi informativi su dati commercialmente sensibili che hanno avuto luogo con cadenze temporali stabili e secondo dinamiche costanti nel tempo;
- **I840:** l'AGCM ha accertato la violazione dell'articolo 101 TFUE e dell'articolo 2 della legge n. 287/90 nei confronti delle associazioni di categoria (**ANICA, ANEC e ANEC**) per aver posto in essere un'azione di boicottaggio collettivo volta a condizionare e orientare l'attività economica degli associati nei confronti delle arene a titolo gratuito, relativa alla commercializzazione delle licenze per le proiezioni di opere cinematografiche, ed idonea a limitare l'offerta del prodotto cinematografico al consumatore finale.

## Come comportarsi in sede associativa

- **La centralità della *compliance***: occorre dotarsi di un codice di condotta.
- È preferibile frequentare **associazioni che abbiano cultura *antitrust*** e possibilmente un codice.
- **È indispensabile attenersi strettamente ai codici in vigore.**
- **Alcuni esempi:**
  - Se durante una riunione vengono toccati **argomenti sensibili** che faccio?
  - Solo i prezzi sono pericolosi?





## Milano

Via Privata Fratelli Gabba, 3  
20121 Milano

T +39 02 89075050  
F +39 02 62086008

## Roma

Foro Traiano, 1/A  
00187 Roma

T +39 06 45599200  
F +39 06 69970021