



Todarello & Partners

# Antitrust Compliance

Seminario ASSIFACT  
13 dicembre 2017

Avv. Claudia Sarrocco

Todarello & Partners – Piazza Velasca 4 – 20122 Milano  
Telefono 02 72002629 – Fax 02 72006977 – email: [info@tplex.eu](mailto:info@tplex.eu)

# INTRODUZIONE

# Che cos'è la concorrenza?

- **Un processo di rivalità tra imprese che cercano di conquistare nel tempo le attività commerciali dei rispettivi clienti (cfr. UK Merger Assessment Guidelines, para. 4.1.2)**



# Benefici della concorrenza

- Più ci si avvicina alla concorrenza perfetta, maggiore è il «benessere sociale»:
  - Prezzi più bassi
  - Prodotti migliori
  - Scelta più ampia
  - Maggior efficienza rispetto a quella che si avrebbe in un regime monopolistico
- **Il diritto della concorrenza consiste nell'insieme di regole che sono dirette a proteggere il processo competitivo al fine di massimizzare il c.d. *Consumer welfare***

# Violazione delle norme antitrust

- Sanzioni amministrative pecuniarie: le autorità competenti possono irrogare multe di importo pari fino al 10% del fatturato annuale dell'impresa
- Nullità degli accordi conclusi in violazione delle norme sulla concorrenza
- Danni reputazionali
- Richieste di risarcimento del danno
- Significativo impiego di risorse interne in caso di avvio del procedimento
- Responsabilità personale dei consiglieri di amministrazione
- Responsabilità disciplinare dei dipendenti

# Sanzioni

- Il caso «Vending» - Nel 2016 l'AGCM ha sanzionato per **oltre 100 milioni di euro**, i principali operatori della distribuzione automatica e semi-automatica di alimenti e bevande **e la loro associazione di categoria** (CONFIDA - associazione italiana distribuzione automatica) per violazione dell'art. 101 TFUE.
- All'associazione CONFIDA è stata comminata una sanzione di circa 550.000 euro, ridotta a circa 120.000 euro, pari al 10% del fatturato annuo (limite massimo delle sanzioni dell'AGCM).



# La «cultura antitrust»

- La consapevolezza dei rischi antitrust è fondamentale: è necessario avere familiarità con il diritto della concorrenza e dei consumatori per gestire i rischi nel modo più opportuno
  - Spesso manca una cultura antitrust in azienda:
    - *«definizione della politica delle alleanze nei nostri territori ed aree limitrofe»*
    - *«Incontro ieri con XXXXXX che ... ci propone sinergie territoriali»*
- (Linea Distribuzione – 2iGas, procedura I740)

# Antitrust Compliance Programme



# «Antitrust Compliance Programme» (ACP)

- Per diffondere all'interno della società o dell'associazione la coscienza e la **cultura** dell'agire secondo le norme antitrust
- **Vantaggi:**
  - **Prima** della violazione riduce il rischio di incorrere in violazioni antitrust
  - **Dopo** la violazione può essere considerato dall'AGCM come una circostanza attenuante in sede di quantificazione della sanzione (fino al 15%)

- l'AGCM ha chiarito che *«la mera esistenza di un programma di compliance non sarà considerata di per sé una circostanza attenuante in assenza della dimostrazione di un **effettivo e concreto impegno** al rispetto di quanto previsto nello stesso programma»* (Linee Guida 22 ottobre 2014)

# Programma ACP

- A. Analisi delle attività e dei documenti fondativi dell'associazione con l'introduzione di specifici documenti antitrust
- B. Sistema di controllo interno ed esterno
- C. Corso di formazione antitrust

# A. Analisi attività e introduzione documenti antitrust

- Revisione modelli e formati dell'Associazione
- Revisione dello Statuto, del Codice Etico e del Modello di Gestione e Organizzazione
- Revisione foglio firma presenze, comunicazione nomina in Commissione e convocazione
- Mappatura dei rischi antitrust più significativi e tipici in relazione all'attività svolta
- Introduzione di un Codice Antitrust

## B. Sistema di controllo

- Procedure per la rilevazione di potenziali violazioni;
- Procedure standard per la gestione di eventuali violazioni.

Parte essenziale dell'ACP per il contenimento del rischio antitrust

# Sistema di controllo: adempimenti

1. Nomina di un responsabile antitrust
2. Istituzione di una procedura di segnalazione interna ed esterna
3. Revisione legale dei documenti

# 1. Responsabile Antitrust

- Nomina di un soggetto con formazione in materia antitrust
- Punto di riferimento per il personale interno e per gli associati in caso di dubbi
- Funge da interfaccia con i legali esterni

## 2. La procedura di segnalazione interna 1/2

- Il personale e i rappresentanti degli associati si rivolgono al responsabile antitrust in caso di dubbi (es. argomenti in discussione nei gruppi di lavoro, nuove raccolte dati, etc).
- Ogni membro del personale o rappresentante delle associate è autorizzato a presentare una segnalazione.
- Non devono essere previsti trattamenti sfavorevoli per chi presenta la segnalazione salvo il caso di segnalazioni presentate in mala fede.



## 2. La procedura di segnalazione interna 2/2

- La segnalazione deve essere presentata per iscritto
- La segnalazione non deve essere anonima ma il responsabile antitrust deve mantenere la riservatezza sull'identità del segnalante.
- Gli illeciti antitrust commessi dal personale dell'associazione o delle associate possono essere oggetto di sanzione disciplinare solo in caso di dolo.
- All'autore del comportamento segnalato deve essere garantito l'anonimato dal responsabile antitrust.

## 2. La segnalazione al legale esterno

- Nei casi più complessi si rivolge a un consulente legale esterno.
- In caso di segnalazione di un comportamento illecito il consulente esterno dovrebbe essere allertato per gestire e contenere il rischio individuando la strategia migliore per evitare (laddove possibile) la sanzione.

### 3. Revisione legale dei documenti

- Sottoporre a revisione tutti i documenti adottati dall'associazione non è possibile
- Andrebbe istituita una procedura che consenta al responsabile antitrust di esaminare i documenti potenzialmente più critici prima della loro approvazione e adozione
- Nei casi più complessi esame da parte di un consulente legale esterno

# Esempi di documenti da sottoporre a revisione preliminare

- Modelli e linee guida dell'associazione
- Decisioni dell'associazione vincolanti per gli associati
- Raccomandazioni
- Protocolli da proporre alle Pubbliche Amministrazioni
- Ordini del giorno di commissioni e gruppi di lavoro
- Verballi di commissioni e gruppi di lavoro che tocchino temi potenzialmente sensibili dal punto di vista antitrust
- Progetti di campagne promozionali e iniziative di comunicazione commerciale promosse dall'associazione

## C. Corso di formazione

- Strumento per la diffusione della cultura antitrust;
- Mira a fornire delle nozioni di diritto della concorrenza;
- Obiettivo di prevenire la commissione di illeciti in “buona fede”.



# Obiettivo del corso di formazione

**Fornire principali nozioni del diritto della concorrenza**

**Evidenziare specifici rischi legati all'attività associativa**

**Fornire indicazioni operative per l'individuazione e gestione del rischio antitrust**

# IL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

# Oggetto del diritto della concorrenza

- Intese anticoncorrenziali
- Abusi di posizione dominante
- Fusioni e acquisizioni
- Aiuti di stato

Nel prosieguo ci concentreremo su **intese o accordi anticoncorrenziali**



# Diritto applicabile

- **Diritto dell'Unione Europea** (art. 101 del testo sul funzionamento dell'unione europea "TFUE")
- **Normativa italiana** (l. 287/90 "*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*")

La scelta del diritto applicabile è effettuata in base al criterio del pregiudizio al commercio tra stati membri.

## ARTICOLO 101, comma 1, TRATTATO SUL FUNZIONAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA

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.

## ARTICOLO 2, COMMI 1 E 2, LEGGE 287/1990

1. Sono considerati intese gli **a c c o r d i** e/o le **p r a t i c h e c o n c o r d a t e** 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.

# *RATIO*: AUTONOMIA DECISIONALE

Ogni impresa deve essere **autonoma** nel determinare la propria **strategia** commerciale e il **comportamento** sul mercato (Cfr. TAR Lazio, Roma, sentenza n. 5578 del 6 giugno 2008).



*«accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate »*

(art. 101, comma 1, TFUE)

# «*imprese*»

- L'art. 101 TFEU e l'art. 2 l. 287/90 si applicano alle «*imprese*»
- Il concetto di impresa ricomprende qualsiasi ente impegnato in **un'attività economica sul mercato** indipendentemente dallo *status* legale dell'ente e dal modo in cui è finanziato (CGUE C-41/90 *Höfner e Fritz Elser c Macrotron GmbH*)

# «**associazioni di imprese**»

- Cosa si intende per «**associazione**»?
  - La tipologia di associazione è irrilevante ai fini antitrust. Es. associazione di categoria o associazione professionale
  - La forma giuridica dell'associazione è irrilevante. Es. società di persone o di capitali, di diritto pubblico o privato, associazioni riconosciute e non
- Un'associazione di imprese è una qualsiasi organizzazione tendenzialmente stabile nella quale delle imprese in concorrenza fra loro hanno un potere decisionale anche parziale e che rappresenta la comunione di interessi delle stesse imprese

# Sentenza C-382/12 *MasterCard c. Commissione*

Secondo la Corte di Giustizia

- Mastercard costituiva un'associazione di imprese in quanto era posseduta da varie banche e gestiva il sistema di pagamento per loro conto.
- Anche dopo la quotazione in borsa Mastercard rimaneva **una forma istituzionalizzata di coordinamento delle condotte** delle banche.
- La presenza di un **residuo potere decisionale** delle banche in relazione agli affari di Mastercard e la **comunanza di interessi** fra le stesse banche erano elementi sufficienti per stabilire che Mastercard era un'associazione di imprese.

*«sono considerati **intese** gli **accordi e/o pratiche concordate** tra imprese...»*  
(art. 2, comma 1, l. 287/1990)



# «*Accordi*»

La nozione di accordo ai fini dell'applicazione della normativa antitrust è molto più ampia di quella civilistica (Cons. di Stato, 1189 del 12 gennaio 2001) e può includere:

- Accordi non vincolanti o che non prevedano rimedi in caso di inadempimento
- Accordi di massima (es. Lettere di intenti)
- **Condizioni generali di contratto**
- Accordi nulli o annullabili da un punto di vista civilistico
- Accordi **non sottoscritti** o sottoscritti da soggetto senza rappresentanza
- **Scambi di corrispondenza**
- Qualsiasi documento da cui emerga un accordo (es. Verbali di riunioni, email, appunti di conversazioni telefoniche).

# «*Pratiche concordate*»

Consistono in ogni forma di **coordinamento** che si sostanzia in una **collaborazione pratica** eliminando o riducendo la concorrenza (CGUE, C-96-102/1982 *IAZ Int. Belgium* c. Commissione, p. 25; C-209/07 *Beef Industry*, pp. 16 e 21 e Cons. di Stato 548 del 10 febbraio 2006)

In tali casi non esiste alcun documento ma:  
- vi sono dei **comportamenti paralleli** tenuti dalle imprese sul mercato

- vi è un **contatto tra le imprese**, che può consistere in uno **scambio di informazioni** o in una **qualsiasi prova di un avvenuto incontro tra le parti** in occasione di un comportamento parallelo tenuto dalle stesse sul mercato

*«Sono considerati intese ... le **deliberazioni**, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese»*  
(art. 2, comma 2, l. 287/1990) *«Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le **decisioni** di associazioni di imprese»*  
(art. 101, comma 1, TFUE)

# Cosa si intende per «*Decisione*»

- Nozione ampia, nella quale rientrano, ad esempio:
  - La costituzione di un'associazione di imprese (Decisione della Commissione, *re ASPA*, OJ [1970] L148/9)
  - Regole statutarie e/o regolamentari dell'associazione vincolanti per gli associati (T-66/89, *Publishers' Association c. Commissione*)
  - Delibere dell'associazione vincolanti per gli associati
  - Raccomandazioni (*ex multis* C-71/74, *FRUBO c. Commissione*)
  - Condizioni generali di contratto (caso ABI, AGCM provv. N. 14251 del 20 aprile 2005)

# Intese orizzontali e verticali

- Gli artt. 101(1) TFUE E 2 l. 287/90 si applicano sia agli accordi tra imprese operanti nello **stesso livello di mercato** (orizzontali) sia agli accordi tra imprese operanti in **diversi livelli del mercato** (verticali – es. produttore/distributore)

# Intese per oggetto e per effetto

- Si ha una violazione per **oggetto** quando il coordinamento tra le imprese rivela di per sé un sufficiente grado di danno per la concorrenza (C-67/13, *Groupement des Cartes Bancaires c. Commissione*)
- «Talune forme di coordinamento possono essere considerate, **per loro stessa natura**, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza» (CdS, 1164/2016)

# Intesa per oggetto

- In presenza di un'intesa restrittiva della concorrenza per oggetto **non è necessario dimostrare alcun effetto sulla concorrenza**. In tali casi si ha un approccio formale, se l'intesa è restrittiva per oggetto si considerano violate le norme sulla concorrenza
- Per tale motivo la CGUE ha stabilito che il concetto di «violazione per oggetto» deve essere **interpretato restrittivamente** e deve essere circoscritto a quei casi in cui la violazione della concorrenza è evidente (C-67/13, *Groupeement des Cartes Bancaires c. Commissione* )

# Esempi di intese orizzontali vietate per oggetto

Prezzi di vendita

Prezzi di acquisto

Altre condizioni commerciali di vendita

*Pay for delay*

Ripartizione dei prodotti

Ripartizione dei mercati

Spartizione quote di mercato

Accordi collettivi di esclusiva



# Esempi di intese verticali vietate per oggetto

- Imporre un prezzo minimo di rivendita (*resale price maintenance*)
- Imporre divieti o limiti di esportazione
- Accordi selettivi di distribuzione

# Intesa per effetto

- *«Le intese restrittive della concorrenza, c.d. per effetto, ricorrono **quando non sussistono i presupposti per configurare la sussistenza di una intesa per oggetto**, con la conseguenza che occorre esaminare gli effetti dovendo sussistere tutti gli elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto, o falsato in modo significativo»* (Cons. Stato Sez. VI, sent. del 22-03-2016, n. 1164)
- È necessario esaminare in concreto la **presenza di effetti anticoncorrenziali** (C-23/67, *Brasserie de Haecht c. Wilkin*)
- Tali effetti devono essere **dimostrati sulla base di fatti empirici** (T-461/07, *Visa Europe Ltd c. Commissione*)

# La definizione del «mercato rilevante»

- Per valutare se un'intesa ha l'effetto di restringere la concorrenza (anche potenziale) occorre determinare qual è il mercato rilevante.
- La definizione del mercato rilevante è **successiva alla individuazione dell'intesa**, in quanto sono l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa stessa a circoscrivere il mercato sui cui l'illecito è commesso (AGCM 1805, *Prezzi del cartone ondulato*)
- Definizione del mercato rilevante è funzionale alla **decifrazione del grado di offensività** dell'illecito (Cons. di Stato, 26.1.2017, n. 740)

# LE ASSOCIAZIONI DI IMPRESA



# La difficile posizione delle associazioni di imprese

- Istituzionalmente deputate ad esprimere e rappresentare il comune interesse di imprese concorrenti
- Rischio che dalle decisioni da esse assunte possano emergere delle criticità sotto il profilo antitrust
- Criticità della raccolta e scambio di dati



# Possibili violazioni da parte delle associazioni di imprese

- Decisione (es. scambio di dati, previsioni statutarie) che porta a restrizione della concorrenza (C-96/82 *IAZ International Belgium c. Commissione*)
- L'associazione utilizzata dalle associate come veicolo per accordi in violazione della disciplina sulla concorrenza (C-179/99, *Eurofer ASBL c. Commissione*)

La condotta dell'associazione può quindi violare direttamente la disciplina antitrust, o semplicemente coadiuvare una violazione da parte delle proprie associate

# L'associazione come mero «veicolo»

- *«Anche ammettendo che le attività della ricorrente siano state provocate da un accordo, esplicito o implicito, **tra i suoi membri** che la incaricava della raccolta e della diffusione delle statistiche in oggetto, senza che gli organi della ricorrente abbiano preso una decisione formale, un siffatto accordo deve essere considerato come una decisione di un'associazione di imprese ai sensi dell'art. 65, n. 1, del Trattato perché **l'accordo in questione è stato necessariamente concluso nell'ambito delle attività dell'associazione**, la quale, conformemente al suo compito statutario, assume essa stessa la responsabilità della raccolta e della diffusione delle informazioni in oggetto» (C-179/99, Eurofer ASBL c. Commissione)*

# AGCM – Caso I-789

## *Agenzie di modelle*

- Intesa unica e complessa tra le agenzie di modelle avente ad oggetto il coordinamento, anche per il tramite dell'associazione di categoria, delle azioni da assumere nel mercato al fine di eliminare la concorrenza reciproca nella definizione delle condizioni economiche da praticare ai clienti.
- Assem ha «svolto **la mera funzione di luogo fisico della concertazione tra concorrenti**, ...presso di essa si tenevano frequenti riunioni per mettere a punto una linea comune [...]».
- Tale ruolo dell'associazione è stato comunque sufficiente a ritenerla responsabile insieme ai suoi membri (con sanzione proporzionata al proprio fatturato).



# Lo scambio di dati

Scambio di informazioni, soprattutto commercialmente sensibili e riconducibili a singole associate, può aumentare la **trasparenza** del mercato e **ridurre il grado di incertezza** degli operatori, facilitando l'adeguamento reciproco delle strategie e quindi pregiudicando il funzionamento del mercato

- **Elemento accessorio di più ampi accordi**: facilita la creazione di un cartello consentendo in concreto un coordinamento dei comportamenti tenuti dalle imprese sul mercato.
- **Autonoma pratica concordata**: la funzione dello scambio si esaurisce nella circolazione delle informazioni, aumento trasparenza che consente adeguamento condotte.

Entrambe tali fattispecie sono coperte dall'art. 101 TFUE (o 2, l. 287/90)

# Forme e modalità dello scambio di informazioni

- I dati possono essere direttamente condivisi tra i concorrenti.
- **Possono essere condivisi attraverso un'agenzia comune (ad es. associazione di categoria).**
- Possono essere condivisi tramite terzi (ad es. istituti di ricerca, fornitori, società di consulenza ecc.).

Le informazioni possono essere scambiate attraverso accordi; decisioni di un'associazione di imprese; pratiche concordate.

# Criticità dello scambio di informazioni

## 1/3

- **Esito collusivo**: lo scambio di informazioni aumenta artificialmente la trasparenza nel mercato facilitando così il coordinamento dei concorrenti.
- *«lo scambio di informazioni tra concorrenti può risultare contrario alle regole della concorrenza qualora **riduca o annulli il grado di incertezza in ordine al funzionamento del mercato** di cui trattasi, con conseguente restrizione della concorrenza tra le imprese» (C-8/08, T-Mobile Netherlands).*

# Criticità dello scambio di informazioni

## 2/3

- **Preclusione anticoncorrenziale sullo stesso mercato o su mercati collegati:** se le informazioni scambiate sono strategiche e riguardano una parte significativa del mercato rilevante, le imprese escluse dallo scambio subirebbero un considerevole svantaggio concorrenziale (*C-75/95, John Deere Ltd / Commissione*).

# Criticità dello scambio di informazioni

## 3/3

- Può costituire una restrizione della concorrenza **per oggetto**: es. scambio di informazioni relativo ai **prezzi** e alle **quantità**
- **Restrizione della concorrenza per effetto**: anche in questo caso gli effetti vanno verificati caso per caso, utilizzando il metodo della c.d. congruenza narrativa



# Le Linee Diretrici della Commissione Europea (2011/C 11/01)

- Al fine di valutare la legittimità sotto il profilo antitrust di uno scambio di informazioni, occorre valutare:
  - Le **caratteristiche** del mercato (prima e dopo lo scambio)
  - Gli **obiettivi**, le condizioni di accesso e di partecipazione al sistema di scambio
  - La **frequenza** degli scambi di informazioni
  - La **natura** delle informazioni scambiate
  - L'importanza delle informazioni per la fissazione dei prezzi, per i volumi o le condizioni del servizio

# Caratteristiche del mercato

- Trasparenza
- Concentrazione
- Semplicità
- Stabilità
- Simmetria

PIU' UN MERCATO E' SIMMETRICO PIU' E' PROBABILE CHE LO SCAMBIO ABBIA EFFETTI RESTRITTIVI. QUANDO LE IMPRESE SONO OMOGENEE IN TERMINE DI COSTI, DOMANDA, QUOTE DI MERCATO, GAMMA DEI PRODOTTI, CAPACITA' ECC., E' PIU' PROBABILE CHE RAGGIUNGANO UN COORDINAMENTO IN QUANTO I RISPETTIVI INCENTIVI SONO MAGGIORMENTE ALLINEATI

# In generale

- *«In un mercato oligopolistico fortemente concentrato, un accordo che preveda un sistema di scambio di informazioni tra le imprese di questo mercato riduce o annulla il grado di incertezza relativo al funzionamento del mercato» (T-7/95 John Deere Ltd c. Commissione)*



# Tuttavia...

- «Un sistema di scambio di informazioni può costituire una violazione delle regole di concorrenza **anche nel caso in cui il mercato in questione non sia un mercato oligopolistico fortemente concentrato**» (C-195/99, *Krupp Hoesch Stahl AG c. Commissione*, p. 63)

# Caratteristiche dello scambio di informazioni

- a) Natura delle informazioni (sensibile/strategica)
- b) Copertura del mercato
- c) Dati aggregati/individualizzati
- d) Età dei dati
- e) Frequenza dello scambio
- f) Informazioni pubbliche/non pubbliche
- g) Scambio pubblico/non pubblico

# a. Informazioni Strategiche

- Prezzi o elementi di prezzo (commissioni, sconti, riduzioni, etc)
- elenchi di clienti
- costi di produzione
- quantità
- fatturati
- Vendite
- capacità
- qualità
- progetti di marketing
- rischi
- investimenti
- tecnologie
- programmi e risultati di R&S

## b. Copertura del Mercato

Perché si abbiano effetti restrittivi le imprese partecipanti allo scambio devono coprire una **parte sufficientemente grande del mercato rilevante.**

## c. Dati Aggregati/Individualizzati

- I dati aggregati non rappresentano di solito un problema da un punto di vista antitrust mentre **i dati individualizzati consentono alle imprese di coordinarsi facilmente.**
- **L'aggregazione deve essere effettiva** ossia il riconoscimento delle informazioni individualizzate a livello della singola impresa deve essere sufficientemente arduo.

## d. Età dei dati

- **È improbabile che lo scambio di dati storici porti ad un esito collusivo** perché è improbabile che esso sia indicativo del futuro comportamento dei concorrenti.
- No criterio predeterminato per stabilire quando i dati divengono «storici» - valutazione in base alle caratteristiche del mercato rilevante.
- AGCM - Provvedimento I-772 del 25 marzo 2015: sanzione a otto società produttrici di calcestruzzo e la loro società di consulenza per realizzazione di intese anche mediante lo **scambio di informazioni sulla «clientela storica»** → consentiva di mantenere invariate le quote di mercato e i prezzi applicati in virtù di un tacito patto di «*non aggressione*».

## e. Frequenza dello scambio

- Gli scambi frequenti e sistematici **agevolano la comprensione comune del mercato** e il **controllo delle deviazioni** e dunque facilitano il raggiungimento dell'esito collusivo.
- La frequenza deve essere valutata in relazione alle caratteristiche del mercato rilevante.
- In un mercato stabile e caratterizzato da prezzi che variano in un periodo di tempo molto lungo, anche scambi non frequenti possono avere effetti restrittivi.

## f. Informazioni pubbliche/non pubbliche

- Lo scambio di informazioni effettivamente pubbliche in genere non dà luogo a effetti restrittivi.
- Le informazioni sono effettivamente pubbliche quando sono **facilmente accessibili per tutti i concorrenti e i consumatori** (in termini di costi di accesso).
- *«ciò non toglie che **il punto di vista** della Dole o della Weichert su tale o tal altra informazione importante per le condizioni dell'offerta e della domanda, che possa essere ottenuta con strumenti diversi dalle discussioni con le imprese interessate e la sua incidenza sull'evoluzione del mercato, **non costituisce, per definizione, un'informazione pubblica disponibile**» (T-587/08, Fresh Del Monte c. Commissione, p. 323).*



## g. Scambio pubblico/non pubblico

- Il fatto che le informazioni siano scambiate in pubblico può ridurre la probabilità di un esito collusivo.
- Gli scambi di informazione sono effettivamente pubblici se rendono i dati scambiati **accessibili in egual misura** (in termini di costi di accesso) **a tutti i concorrenti e clienti.**

# Giustificazioni dello scambio di informazioni «sensibili» - art. 101(3)

## TFUE e art. 4 l. 287/90

- Gli scambi di informazioni possono portare vari tipi di efficienza come:
- **riduzione dell'asimmetria informativa** tra le imprese concorrenti rendendo più efficiente il mercato;
- **miglioramento dell'efficienza interna** delle imprese che possono valutare le proprie prestazioni comparandole con le migliori pratiche adottate da altri;
- riduzione dei costi tramite **riduzione delle scorte**, permettendo una consegna più rapida (es. info sulla domanda in un mercato instabile);
- **riduzione dei costi di ricerca** per i consumatori e ampliamento della loro possibilità di scelta.

# Decisione della Commissione n. IV/33.815, 35.842 — EUDIM)

- Il gruppo EUDIM era un' **associazione di grossisti di materiali per installazioni idrauliche**.
- All'interno del gruppo venivano scambiate informazioni altamente sensibili (fatturati, costi, volumi di vendita, margini, scorte, ecc.).
- Tuttavia, vista **l'alta frammentazione del mercato e l'ampiezza delle tipologie di prodotti** coinvolti, secondo la Commissione tali scambi di informazioni non restringevano la concorrenza.
- Dunque, la Commissione, di fatto, ha accolto le tesi delle imprese coinvolte per cui lo scambio era finalizzato ad una riduzione dei costi che consentiva ai membri dell'organizzazione di competere più efficacemente con altri grossisti aventi una struttura dei costi più favorevole, come i centri «fai da te».

# La prova dello scambio e della conoscenza delle informazioni

- in mancanza di una **dissociazione attiva o della confutazione mediante prova contraria** la mera ricezione di un messaggio di posta elettronica può far presumere la partecipazione ad un'intesa/pratica concordata.
- tuttavia il **principio di presunzione di innocenza** impedisce di considerare che il mero invio di un messaggio possa costituire una prova sufficiente per dimostrare che i suoi destinatari dovevano necessariamente essere a conoscenza del suo contenuto (C-74/14 *ETURAS* del 21.01.2016).

# AGCM, decisione n. I-791 - ANIASA

- Il mercato del noleggio auto a lungo termine era un oligopolio asimmetrico (4 imprese 80% del mercato) con significative barriere all'ingresso.
- Le informazioni scambiate erano individualizzate, non pubbliche, riferite al passato ma scambiate frequentemente e riguardavano ad es. fatturati individuali, flotta media, durata media dei contratti.
- Mancava la prova di «***una connessione diretta o indiretta tra la conoscenza dei dati scambiati, da parte delle imprese partecipanti allo scambio di informazioni in sede ANIASA, e la definizione delle politiche commerciali delle stesse***» (p. 96 della decisione).

# Indicazioni operative

# Scambio di informazioni

## Scambio di **informazioni sensibili o strategiche**:

- In generale vietato;
- Mai direttamente tra associati;
- **Attraverso l'Associazione** ma in forma effettivamente **aggregata** e **storica**;
- **Necessaria** previa valutazione rilevanza antitrust: consentono anche indirettamente previsione comportamenti futuri/strategia concorrenti?

# Raccolta e gestione di informazioni sensibili/strategiche dell'Associazione

- **Astenersi** dal comunicare agli altri associati i dati individuali comunicati all'Associazione.
- **Non scambiarsi ulteriori informazioni tra operatori** che consentano di disaggregare le informazioni elaborate dall'Associazione o comunque possano consentire il riconoscimento dei singoli associati.
- **Evitare scambio di commenti** sui dati elaborati dall'associazione relativi a comportamenti da tenere sul mercato.



# Riunioni dell'associazione – Consiglio direttivo / Gruppi di lavoro

- Le riunioni dell'associazione rappresentano un momento particolarmente delicato, poiché i rappresentanti di diversi *competitors* si trovano a dialogare insieme
- È necessario dunque prendere delle precauzioni al fine di evitare
  - argomenti strategici/sensibili;
  - occasione di scambio di informazioni strategiche/sensibili

# Adempimenti in preparazione della riunione



- Verificare l'ordine del giorno e l'agenda predisposte dall'associazione per la riunione ovvero predisporre l'agenda in anticipo e trasmetterla a tutti i partecipanti;
- In caso di dubbio contattare immediatamente il proprio responsabile antitrust interno e quello dell'associazione.

# Nel corso della riunione

- Se sollevati argomenti in contrasto con la normativa antitrust, opporsi e sospendere la discussione, dissociandosi.
- Se la riunione non è sospesa, dissociarsi ed abbandonarla.
- Non diffondere o accettare materiali che contengono contenuti sensibili dal punto di vista antitrust.
- Evitare di utilizzare nel corso delle riunioni termini come «cooperazione», «collaborazione», «mutuo accordo», «posizione comune», etc.
- Non sollevare questioni su argomenti dei quali non si abbia certezza che siano rispettosi della normativa antitrust.

**In questi casi, chiedere o segnalare subito la questione al responsabile antitrust dell'Associazione per i relativi chiarimenti/provvedimenti**

# Dopo la riunione

- Evitare che successivamente alla riunione i membri dell'associazione discutano argomenti sensibili ovvero si scambino informazioni strategiche.
- Rivedere gli appunti della riunione se necessario con responsabile antitrust dell'associazione al fine di verificare se ci sono argomenti critici sotto il profilo antitrust.
- Predisporre il verbale della riunione senza trarre conclusioni e senza commenti (fattuale), rivederlo con responsabile antitrust o legale esterno
- Trasmettere il verbale a tutti i partecipanti.



# C-194/14, AC Treuhand c. Commissione

- **«le modalità passive di partecipazione all'infrazione, quale la presenza di un'impresa a riunioni durante le quali sono stati conclusi accordi di natura anticoncorrenziale senza esservi manifestamente opposta, rappresentano una complicità idonea a far sorgere la sua responsabilità nell'ambito dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, dal momento che il fatto di approvare tacitamente un'iniziativa illecita, senza distanziarsi pubblicamente dal suo contenuto o denunciarla agli organi amministrativi, ha l'effetto di incoraggiare la continuazione dell'infrazione e pregiudica la sua scoperta» (punto 31)**

# Utilizzo email e comunicazioni scritte

- Evitare di scambiare mail e/o altro tipo di comunicazioni, internamente o esternamente, con commenti relativi a informazioni strategiche, posizioni degli associati, etc.
- Prima di inviare mail, anche interne, con resoconto riunioni associative, verificare con proprio responsabile antitrust interno ed evitare commenti su argomenti sensibili.
- Appunti, mail o memo, presi fuori dal contesto, possono essere utilizzati contro la Società o l'Associazione.
- Evitare email che contengano riferimenti ad attività associative con possibili profili sensibili.
- Anche in questo caso evitare espressioni ambigue o critiche («patto», «collaborazione», «posizione comune», etc).

# Esempi da NON seguire...

- «Ritengo sia opportuno confrontarci ... per **meglio definire eventuali collaborazioni**»
- «definizione della politica delle **alleanze**»
- «**dialogare con i possibili alleati** sulle nostre province» [competitors]
- «E' auspicabile **stringere alleanze** con altri gestori»
- «stabilire alleanze/**accordi di desistenza**»
- accordi di **non belligeranza**»
- «opportunità di anticipare un **dialogo**»
- «**Incontro** ieri XXXXXX che smentisce il tutto ed anzi ci propone **sinergie territoriali**»





Todarello & Partners

## Avv. Claudia Sarrocco

Todarello & Partners – Piazza Velasca 4 – 20122 Milano  
Telefono 02 72002629 – Fax 02 72006977 – email:  
[info@tplex.eu](mailto:info@tplex.eu)