

Manuale Antitrust



SOMMARIO

1. NOZIONI DI IMPRESA E MERCATO RILEVANTE	4
1.1 Quali sono i soggetti destinatari dei divieti imposti dal diritto della concorrenza?	4
1.2 Qual è il perimetro entro il quale valutare l'esistenza di una violazione della concorrenza?	5
2. IL DIVIETO DI INTESE RESTRITTIVE DELLA CONCORRENZA	6
2.1 Come si può realizzare un'intesa?	7
a) Accordi	7
b) Decisioni di associazioni di imprese, consorzi e altri organismi associativi	8
c) Pratica concordata	9
2.2 Quando un'intesa è illecita?	11
a) La fissazione dei prezzi di acquisto o di vendita e di altre condizioni contrattuali	13
b) La limitazione della produzione, degli sbocchi commerciali, dello sviluppo tecnico, e degli investimenti	15
c) La ripartizione del mercato, dei clienti e/o delle fonti di approvvigionamento	16
d) L'applicazione, nei rapporti commerciali con le controparti negoziali, di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti in assenza di giustificazioni oggettive	18
e) la subordinazione della conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari slegate dall'oggetto dei contratti stessi	18
2.3 Fattispecie di intesa per oggetto di particolare attualità nella prassi decisionale dell'AGCM ed ella Commissione europea.....	18
a) Lo scambio di informazioni.....	19
b) Il coordinamento nella partecipazione alle gare pubbliche	23
3. IL REGIME DI ESENZIONE DELLE INTESE	32
3.1 L'esenzione individuale delle intese	32
4. L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE	33
4.1 Il divieto di abuso di posizione dominante	33
a) La posizione dominante.....	34
b) I comportamenti abusivi	35
5. ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA	44
a) Condotte in cui si può concretizzare l'abuso di dipendenza economica	45

6. IL REGIME SANZIONATORIO.....	47
7. LE OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONI TRA IMPRESE.....	49
7.1 Operazioni di concentrazione soggette ad obbligo di notifica in Italia.....	49
7.2 Operazioni di concentrazione sotto-soglia.....	50
7.3 Operazioni di concentrazione soggette a notifica comunitaria.....	50
7.4 Comunicazione delle concentrazioni, istruttoria e sanzioni	51
8. I POTERI DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO E DELLA COMMISSIONE EUROPEA IN MATERIA DI CONCORRENZA	52
8.1 Poteri di indagine.....	52
a) Richieste di informazioni o di esibizione di documenti	52
b) Ispezioni	53
8.2 I poteri decisori.....	55
a) Le decisioni con impegni.....	57
b) Il programma di clemenza.....	58
c) La procedura di transazione.....	59
9. LA NOZIONE DI AIUTO DI STATO	59
9.1 Gli aiuti di Stato compatibili con il mercato interno ed il ruolo della Commissione	61
9.2 Evoluzioni del quadro normativo in funzione del c.d. Green Deal europeo	61
10. IL REGOLAMENTO EUROPEO RELATIVO ALLE SOVVENZIONI ESTERE DISTORSIVE DEL MERCATO INTERNO	62

Premessa

Il presente manuale presenta le principali norme che disciplinano la concorrenza, con il supporto della descrizione di casi pratici mutuati dalla prassi decisionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM" o "Autorità").

Il diritto della concorrenza vieta le condotte delle imprese che, allentando la pressione competitiva, sono suscettibili di ostacolare o impedire quel processo dinamico di rivalità che sta alla base dell'efficace funzionamento dei mercati.

In sostanza, alla base della disciplina antitrust vi è il convincimento che, in un'economia di mercato, la tutela della concorrenza, spingendo le imprese ad un costante confronto sui meriti, inneschi un

processo virtuoso di innovazione, progresso ed efficienza da cui discendono effetti benefici per la collettività. In questo contesto, la finalità del diritto antitrust è quella di assicurare il corretto funzionamento delle dinamiche concorrenziali e di evitare che il processo di competizione degeneri verso forme patologiche, impedendo che le imprese, attraverso condotte collusive o unilaterali, possano indebitamente utilizzare il loro potere di mercato per eliminare la concorrenza, così da poter praticare prezzi sopra-competitivi o condizioni commerciali ingiustificatamente gravose a danno di altri operatori e dei consumatori.

La disciplina della concorrenza è regolata, a livello europeo, dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea ("TFUE") e, a livello nazionale, dalla legge del 10 ottobre 1990 n. 287 ("**legge n. 287/1990**" o "**legge antitrust**").

Si tratta di due normative sostanzialmente equivalenti, con l'unica differenza che la disciplina nazionale trova applicazione in relazione alle condotte che hanno un impatto limitato al territorio italiano, mentre la disciplina europea si estende a tutti i casi in cui le condotte siano in grado di arrecare un pregiudizio al commercio tra gli Stati membri dell'Unione Europea.

Ciò chiarito, in ragione della sostanziale equivalenza tra le disposizioni contenute nella legge n. 287/1990 e quelle contenute nel TFUE, salvo che non sia diversamente specificato, nel prosieguo si farà indistintamente riferimento alla disciplina applicabile in Italia e nell'Unione Europea.

1. Nozioni di impresa e mercato rilevante

Per capire se e quando siamo di fronte ad una violazione della concorrenza, occorre chiarire:

- a) quali sono i soggetti destinatari dei divieti imposti dal diritto della concorrenza (e delle relative sanzioni), e
- b) qual è l'ambito entro il quale devono essere valutati i comportamenti di tali soggetti alla luce del diritto della concorrenza.

1.1 Quali sono i soggetti destinatari dei divieti imposti dal diritto della concorrenza?

I destinatari dei divieti previsti dal diritto della concorrenza **sono le imprese**, per tali intendendosi **qualsiasi soggetto, di natura pubblica o privata, che svolga un'attività economica di produzione/scambio di beni e/o di servizi su un determinato mercato, anche se non a scopo di lucro, in modo duraturo e indipendente, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di funzionamento**. La nozione di impresa, quindi, è **funzionale**, nel senso che si ha riguardo al tipo di attività svolta anziché alle caratteristiche dell'operatore che la esercita.

Come sottolineato nella relazione annuale presentata nel 2020 dall'Autorità, la nozione consolidata di impresa in senso Antitrust, *“si riferisce a tutti i soggetti che svolgono un'attività economica e, quindi, siano ‘attivi’ in uno specifico mercato”* (Tar Lazio, I, 26 settembre 2019, n. 11330, A508).

Ulteriore profilo rilevante ai fini della corretta definizione del concetto di “impresa” attiene alla nozione di entità *“economica unitaria”* che è tale qualora *«il comportamento di una controllata può essere imputato alla società controllante in particolare qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato. In tale situazione, la società controllante e la propria controllata fanno parte di una stessa unità economica e, pertanto, formano una sola impresa (...)»* (CdS, VI, 15 luglio 2019, n. 4990, I760).

Per ricapitolare, dunque:

DESTINATARI DEI DIVIETI ANTITRUST	<u>NON</u> DESTINATARI DEI DIVIETI ANTITRUST
<ul style="list-style-type: none"> • società pubbliche e private (e.g. S.p.A., S.r.l. o società cooperative) • società che operano in regime di monopolio legale/concessione (e.g. Italgas) 	<ul style="list-style-type: none"> • organi dello Stato ed enti locali (e.g. Governo, Regioni e Comuni) • enti pubblici (i cui obiettivi e modalità operative sono rigorosamente stabiliti dalla legge, senza alcuna residua

DESTINATARI DEI DIVIETI ANTITRUST	<u>NON</u> DESTINATARI DEI DIVIETI ANTITRUST
<ul style="list-style-type: none"> • società operanti in settori regolamentati (e.g. <i>Italgas, Enel, TIM</i>) • liberi professionisti (e.g. avvocati, commercialisti, consulenti in generale) • associazioni di categoria e consorzi (e.g. <i>Assovetro, CoReVe</i>) 	<p><i>autonomia dell'ente nella determinazione delle strategie da adottare sul mercato)</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • pubblica amministrazione <i>(salvo che non sia organizzata in enti pubblici economici liberi di determinare le proprie modalità operative sul mercato, oppure operi attraverso società che, sotto qualsiasi altra veste, svolgano attività economica in maniera autonoma rispetto a qualsivoglia indicazione del legislatore)</i>

1.2 Qual è il perimetro entro il quale valutare l'esistenza di una violazione della concorrenza?

L'ambito entro il quale valutare se una determinata condotta costituisca una violazione del diritto della concorrenza è il **mercato rilevante**¹.

È nel mercato rilevante, infatti, che si accerta se due o più imprese sono concorrenti tra di loro e se una condotta è idonea ad alterare le dinamiche competitive.

Il mercato rilevante viene definito in base a due ordini di criteri: (i) un criterio merceologico, che individua i beni/servizi che lo compongono, e (ii) un criterio geografico, in ragione dell'area geografica interessata.

Dal punto di vista merceologico, il mercato rilevante **comprende tutti i beni e servizi considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle loro caratteristiche, dei loro prezzi, o dell'uso al quale sono destinati.**

Dal punto di vista geografico, il mercato rilevante **è costituito dall'area in cui le imprese forniscono – o sono in grado di fornire – i beni e servizi, e le condizioni di concorrenza sono, da un lato, sufficientemente omogenee e, dall'altro, sensibilmente diverse da quelle esistenti nelle zone geografiche contigue** (in giurisprudenza, *ex multis*, CdS, 15 dicembre 2020, n. 8061).

¹ Commissione, *Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza* (97/IC 372/03).

Per esemplificare, dunque:

MERCATO MERCEOLOGICO	MERCATO GEOGRAFICO
<ul style="list-style-type: none"> mercato della produzione di contenitori in vetro cavo <p><i>Tale mercato è stato a sua volta distinto in sotto-segmenti:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> sulla base della <u>destinazione d'uso</u>, sono stati individuati il mercato del vetro cavo per uso domestico e quello per uso industriale; sulla base della <u>tipologia di vetro prodotto</u>, sono stati individuati il mercato dei prodotti in vetro cavo standard e quello dei prodotti in vetro cavo speciale/non standard. 	<ul style="list-style-type: none"> mercato di dimensione nazionale
<ul style="list-style-type: none"> mercato della distribuzione dei prodotti in vetro cavo <p><i>Tale mercato che si distingue a seconda della dimensione dei clienti finali, in ragione del fatto che le imprese produttrici di contenitori in vetro si avvalgono di distributori per consegne alle piccole imprese localizzate sul territorio italiano, mentre i grandi utilizzatori si rivolgono direttamente ai produttori di prodotti in vetro cavo.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> mercato di dimensione compresa in un raggio di 100-200 km dal magazzino del distributore <p><i>Ciò discende della rilevante incidenza dei costi di trasporto del vetro e considerando come driver per la valutazione la convenienza economica a coprire una determinata area. Tale definizione dell'estensione geografica del mercato non è stata in ogni caso considerata come definitiva dall'Autorità.</i></p>

2. Il divieto di intese restrittive della concorrenza

L'art. 101, paragrafo 1, del TFUE e l'articolo 2 della legge n. 287/1990 vietano **qualsiasi forma di accordo, coordinamento, contatto, scambio di informazioni tra imprese concorrenti che abbia ad oggetto o anche solo come effetto, quello di annullare, restringere, limitare o falsare la concorrenza sul mercato.**

Le intese possono essere realizzate sia da due o più imprese che operano al medesimo livello della catena di produzione/distribuzione (ad esempio, due produttori di pasta, c.d. **intese orizzontali**), sia da due o più imprese che operano a livelli diversi della catena di produzione/distribuzione (ad esempio, un produttore di pasta ed un distributore di beni di largo consumo, c.d. **intese verticali**).

Le intese verticali sono generalmente trattate con maggiore favore, in quanto ritenute meno pregiudizievoli per la concorrenza rispetto alle intese orizzontali.

2.1 Come si può realizzare un'intesa?

Non esiste una specifica modalità attraverso cui un'intesa illecita può essere realizzata, le norme sopra indicate individuano, solo a titolo di esempio, alcune fattispecie tipiche, vale a dire modalità più ricorrenti attraverso cui le intese vengono concepite e, in particolare:

- a) **accordi,**
- b) **decisioni di associazioni di imprese, consorzi o altri organismi associativi, e**
- c) **pratiche concordate.**

Tratto comune ad ogni ipotesi di intesa è quello di porsi in contrasto con il principio di autonomia delle condotte. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, infatti, *“ogni operatore economico deve determinare autonomamente la propria condotta sul mercato; ciò non esclude che egli abbia il diritto a reagire in maniera razionale al comportamento, constatato o atteso, dei propri concorrenti; gli proibisce però di instaurare con i concorrenti stessi ogni contatto, diretto o indiretto, volto a influenzare il reciproco comportamento sul mercato o mettersi reciprocamente al corrente dei comportamenti che si intendono porre in atto. Se tali contatti fossero ammessi, infatti, si sostituirebbe ‘all’alea della concorrenza il vantaggio della concertazione’ ed il consumatore sarebbe privato sistematicamente dei benefici che gli derivano dalla tendenza fisiologica di ogni impresa concorrente a conquistarsi fette di mercato offrendo condizioni più favorevoli rispetto ad altre imprese”* (CdS, VI, 19 dicembre 2019, nn. 8585 e 8591, I792; CdS, VI, 13 febbraio 2019, n. 1025, nonché 13 febbraio 2019, n. 1025, entrambe relative a I771; CdS, VI, 21 marzo 2019, nn. 1900, 1551, 1160, 1883, I793).

a) Accordi

Si parla di **accordi tra imprese** laddove esistano manifestazioni di volontà, provenienti da soggetti economicamente indipendenti e concorrenti tra di loro, orientate all'adesione ad un piano comune, ovvero al consenso – anche di massima – sulle linee di condotta (attive od omissive) da tenere sul mercato.

Per stabilire l'esistenza di un accordo **è sufficiente che imprese concorrenti abbiano manifestato, in qualsiasi forma, anche tacita, una convergente volontà di operare sul mercato con determinate modalità, limitando reciprocamente l'autonomia delle loro politiche commerciali.**

b) Decisioni di associazioni di imprese, consorzi e altri organismi associativi

Le **decisioni di associazioni di imprese, consorzi o altri organismi associativi** sono gli atti espressione di una volontà collettiva, manifestata anche in modo informale, di un ente rappresentativo degli interessi di un gruppo di imprese concorrenti, avente una definita organizzazione corporativa e con compiti, anche istituzionalizzati, volti a indirizzare o influenzare l'attività economica e il comportamento commerciale delle imprese che vi partecipano.

Rientra nella nozione di decisione di associazione di imprese ogni forma di deliberazione anche non vincolante, come ad esempio le delibere, i regolamenti, i codici di autodisciplina, i comunicati stampa, le raccomandazioni, le circolari, nella misura in cui tali atti siano idonei a coordinare le condotte commerciali delle imprese destinatarie².

Quando l'intesa coinvolge un'associazione di categoria (o di qualsiasi altro organismo collettivo che riunisce diversi concorrenti), l'associazione potrà essere ritenuta responsabile, e dunque sanzionata, solo quando si accerti che abbia **svolto un ruolo attivo** (andando quindi al di là della legittima attività di promozione degli interessi comuni/*lobbying*), **recependo la volontà degli associati (o sostituendosi ad essa) nella definizione di comportamenti di mercato omogenei**. Si tratta delle situazioni in cui l'associazione adotta una condotta separata da quella dei suoi membri, partecipando attivamente alla realizzazione dell'intesa e/o garantendone gli strumenti di attuazione; ad esempio, **mediante l'organizzazione di uno scambio di informazioni o l'emanazione di circolari e comunicati stampa, norme uniformi, clausole statutarie, regolamenti, decisioni vincolanti e raccomandazioni non vincolanti**.

In questi casi, più in particolare, la responsabilità dell'intesa (e la relativa sanzione) potrà essere imputata:

- **esclusivamente all'associazione**, nella misura in cui la decisione sia, ad esempio, funzionale al raggiungimento delle finalità dell'associazione ovvero attui compiti a quest'ultima assegnati;

² Cfr. Corte di Giustizia, sentenza dell'8 novembre 1983, C-96-110/82, IAZ/Commissione.

- **congiuntamente all'associazione ed alle imprese associate**, ad esempio, nei casi in cui le deliberazioni (i) formalizzino comportamenti collusivi posti in essere dagli associati; (ii) recepiscano la volontà e le indicazioni di talune delle associate, imponendole a tutte le altre.

L'associazione non sarà invece sanzionabile qualora **non abbia svolto un ruolo propulsivo nell'attuazione e verifica dell'osservanza dell'accordo, ma ne abbia costituito semplicemente l'occasione, il mero veicolo utilizzato dalle imprese per il perseguimento dei loro scopi.**

c) *Pratica concordata*

Nella nozione di **pratica concordata** rientra ogni forma di coordinamento attraverso cui le imprese, pur senza giungere a un vero e proprio accordo/incontro di volontà, consapevolmente sostituiscono la reciproca cooperazione ai rischi della concorrenza.

Tale fattispecie si realizza quando sul mercato si accerti la presenza di condotte omogenee tra concorrenti (o comunque di condotte apparentemente non razionali dal punto di vista economico) e siano rinvenibili indizi da cui si possa presumere che quelle condotte siano la conseguenza di incontri/contatti tra concorrenti. La verifica delle condotte tenute sul mercato, infatti, non prova da solo l'esistenza della pratica concordata, ma può fornire alle autorità di concorrenza indizi della sua esistenza ove, tenuto conto della natura dei prodotti, della struttura e delle caratteristiche del mercato, non sia possibile addivenire ad una spiegazione alternativa idonea a escludere ragionevolmente la concertazione.

È chiaro, quindi, che ove al comportamento parallelo si accompagni l'esistenza di una qualche forma di contatto tra le imprese, a cui possa essere attribuito lo scopo di condividere le rispettive strategie commerciali, può rinvenirsi una pratica concordata e, dunque, un'intesa illecita.

A titolo esemplificativo, un sistema di riunioni periodiche tra imprese (di cui però non siano stati chiaramente dimostrati gli argomenti oggetto di discussione), costituisce un elemento idoneo a provare che l'uniformità delle politiche commerciali rinvenuta sul mercato è il frutto di un consapevole ed illecito coordinamento (anche in mancanza di una prova chiara circa la sussistenza di un accordo, di un coordinamento o di uno scambio di informazioni tra gli operatori coinvolti).

Il giudice amministrativo chiarisce la *“diversità esistente tra l'accordo e la pratica concordata. Il primo ricorre quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo. La seconda ricorre quando si realizza una forma di coordinamento fra imprese che senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce, in modo consapevole, un'espressa collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi*

della concorrenza” (CdS, VI, 5 agosto 2019, n. 5561; 2 settembre 2019, nn. 6022, 6023, 6027, 6030; 30 settembre 2019, n. 6025; 1° ottobre 2019, n. 6565, tutte rese nel caso I783; nonché CdS, VI, 24 marzo 2023, nn. 3018, 3022 e 3093, I792) atteso che *“accordi e pratiche concordate sono forme collusive che condividono la medesima natura e si distinguono solo per la loro intensità e per le forme in cui esse si manifestano”* (v., *ex plurimis*, Corte Giust. UE, 5 dicembre 2013, C-449/11P, CdS, VI, 18 dicembre 2023, n.10914, I835), CdS, VI, 22 dicembre 2023, n.11134, I839).

Di conseguenza, sul piano dell’onere della prova, si è rilevato come *“in materia di illecito antitrust, il reperimento della prova c.d. piena (quali testo dell’intesa, documentazione inequivoca, confessione dei protagonisti) è ipotesi piuttosto remota. Per questo motivo è necessario, in un’ottica di maggiore tutela della concorrenza e del mercato, fare ricorso alla prova logica o indiziaria per dimostrare un illecito”* (CdS, VI, 31 luglio 2019, n. 5401, I785). Pertanto, *“la giurisprudenza, consapevole della rarità dell’acquisizione di una prova piena, ritiene che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, possa anche essere indiziaria, purché gli indizi siano gravi, precisi e concordanti”* (CdS, VI, 9 giugno 2023, n. 4696; 13 giugno 2022, n. 4779, tutte rese nel caso I814). Si è tuttavia rilevato che *“non occorre che ogni singola prova dedotta dall’istituzione risponda necessariamente a tali criteri con riguardo ad ogni singolo elemento dell’infrazione; è sufficiente che il complesso di indizi adottati dall’istituzione, complessivamente valutato, risponda a tale esigenza”* (CdS, VI, 14 ottobre 2019, n. 6985, I793).

Per esemplificare, dunque:

INTESA	NON INTESA
<ul style="list-style-type: none"> • accordo verbale • accordo tramite scambio di e-mail • gentlemen agreement • lettera di intenti • contratti (anche in bozza) • delibere, regolamenti e codici autodisciplina di associazioni di imprese • comunicati stampa • mere raccomandazioni • circolari 	<p>qualsiasi forma di accordo, contatto, coordinamento tra soggetti che:</p> <ul style="list-style-type: none"> • non siano classificabili come "imprese", o • pur essendo qualificabili come "imprese", non siano tra loro concorrenti. <p><i>(imprese che, ad esempio, appartengono al medesimo gruppo societario e siano sottoposte al medesimo centro di controllo)</i></p>

INTESA	NON INTESA
<ul style="list-style-type: none"> • parallelismo/comportamento anomalo e irrazionale dei concorrenti sul mercato (<i>parallelismo/anomalia non spiegabile se non sulla base di un'intesa, anche in assenza della prova chiara di un accordo/coordinamento tra i suddetti concorrenti</i>) 	

2.2 Quando un'intesa è illecita?

Il divieto di intese si applica esclusivamente **se l'intesa ha come oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare la concorrenza nel mercato.**

Per **oggetto dell'intesa** si intende **lo scopo perseguito**, per **effetto**, invece, si intende **l'impatto che, in concreto, l'intesa determina sulle dinamiche competitive del mercato rilevante (a prescindere dal suo oggetto).**

In tal senso, il giudice amministrativo ha ribadito che “*occorre distinguere le intese per oggetto e le intese per effetto. Le prime si caratterizzano per il fatto che hanno un oggetto di per sé vietato e, quindi, sono, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, con la conseguenza che è inutile dimostrare in concreto la sussistenza di effetti dannosi sul mercato. Le seconde, invece, ricorrono quando non sussistono i presupposti per configurare la sussistenza di una intesa per “oggetto”, con la conseguenza che, in tale caso, è necessario verificare in concreto quali siano gli effetti che causano nel mercato. Ne deriva, quindi, che in questo secondo caso devono sussistere tutti gli elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo significativo*” (CdS, VI, 5 agosto 2019, n. 5558, 5559, 5560, 5561, 5562, 5563, 5564; 2 settembre 2019, nn. 6022, 6023, 6027, 6030; 6 settembre 2019, n. 6025; 1° ottobre 2019, n. 6565, tutte rese nel caso I783; nonché CdS, VI, 23 settembre 2019, n. 6314, I772; Tar Lazio 4 giugno 2019, n. 7177, I812).

Laddove sussista un duplice profilo di illiceità dell'intesa (per l'oggetto e per gli effetti), “*uno solo di questi due profili è ritenuto sufficiente per qualificare l'intesa come illecita, e quindi a legittimare l'irrogazione di una sanzione*” (CdS, VI, 29 novembre 2019, n. 8191 e 21 marzo 2019, nn. 1900, 1551, 1160, 1883, tutte relative a I793; CdS, VI, 6 settembre 2019, n. 6025, I783), con la conseguenza che “*per un verso, la prova dell'effetto concreto è sufficiente ai fini dell'accertamento della violazione del divieto e, per altro verso, il divieto può applicarsi anche in caso di effetto anticoncorrenziale solo potenziale*” (CdS, VI, 27 gennaio 2023, n. 949, I805). Per quanto riguarda la qualificazione delle restrizioni “per oggetto”, il giudice amministrativo ha fatto rinvio alla

sentenza della Corte di Giustizia (causa C/99/17, Infineon Technologies AG c. Commissione), secondo cui occorre considerare un “grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l’esame dei loro effetti non sia necessario”, avendo riguardo “al tenore delle disposizioni dell’intesa stessa, agli obiettivi che si intendono raggiungere, al contesto economico e giuridico nel quale l’intesa stessa si colloca” (CdS, VI, 25 luglio 2023, n. 7273, I820).

Nell’ambito di tale valutazione, “talune forme di coordinamento tra imprese possono essere considerate per loro stessa natura dannose per il buon funzionamento del mercato (come proprio nel caso di fissazione orizzontale dei prezzi da parte dei cartelli), per cui, sulla base dell’esperienza, la probabilità di effetti negativi è talmente alta che può essere ritenuto inutile ai fini dell’applicazione dell’art. 101 accertare che hanno effetti concreti sul mercato” (CdS, VI, 16 marzo 2020, n. 1845, I772; CdS, VI, 19 dicembre 2019, n. 8585, I792; CdS, VI, 14 ottobre 2019, n. 6985, I793; CdS, VI, 13 febbraio 2019, n. 1025, I771; Tar Lazio, I, 4 giugno 2019, n. 7177, I812).

Ciò posto, il diritto della concorrenza ha individuato alcune tipologie di intesa "per oggetto", che sono particolarmente lesive della concorrenza (c.d. *hard core restrictions*) e che, dunque, **a prescindere da ogni accertamento in concreto degli effetti prodotti sul mercato, devono essere qualificate come illecite e, quindi, sanzionate.**

Si tratta, in particolare, delle intese che aventi quale oggetto la:

- a) fissazione dei prezzi di acquisto e di vendita o di altre condizioni commerciali;
- b) limitazione della produzione, degli sbocchi commerciali, dello sviluppo tecnico, nonché degli investimenti;
- c) ripartizione del mercato, dei clienti e/o delle fonti di approvvigionamento;
- d) applicazione nei rapporti commerciali con gli altri contraenti di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti in assenza di giustificazioni oggettive; e/o
- e) subordinazione della conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari slegate dall'oggetto dei contratti stessi.

Con particolare riguardo alle prime tre tra le fattispecie sopra enunciate, il Consiglio di Stato, richiamando nella sentenza 31 ottobre 2023, n. 9380 le "Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità in applicazione dell’articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90" (Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n.25152), ha indicato che “le intese orizzontali ‘segrete’ di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione costituiscono le ‘più gravi’”, avendo altresì specificato

che “l’eventuale segretezza della pratica illecita ha una diretta relazione con la probabilità di scoperta della stessa e, pertanto, con la sanzione attesa” (CdS, VI, 25 luglio 2023, n. 7271, I820).

a) La fissazione dei prezzi di acquisto o di vendita e di altre condizioni contrattuali

Questa categoria di intese è vietata a prescindere dallo specifico meccanismo con cui si vuole raggiungere lo scopo e, quindi, sono vietate *"non solo le pattuizioni esplicite sul prezzo finale da praticare o sul tetto minimo da rispettare, ma anche le forme di concertazione che permettono alle imprese di praticare prezzi che, pure differenziati per entità e per andamenti, sono comunque notevolmente ed ingiustificatamente superiori rispetto a quelli che verrebbero praticati in assenza di condotte concordate"*³.

Ad esempio, sono vietati gli accordi o i codici deontologici predisposti dalle associazioni di categoria, i quali, facendo riferimento ad esigenze di leale concorrenza, indichino alle imprese associate di non vendere al di sotto di un determinato livello di prezzo. Del pari, sono vietati gli accordi volti ad impedire alle imprese di ridurre i prezzi rispetto ai listini o di praticare prezzi non ragionevoli, nella misura in cui i parametri per stabilire la ragionevolezza dei prezzi vengano stabiliti di comune accordo tra le imprese, facendo rientrare tale fattispecie nella cosiddetta *fissazione dei prezzi di vendita* e, più in particolare, di prezzi minimi.

Ricadono inoltre nel divieto di fissazione dei prezzi le **pratiche volte a concordare i rialzi di prezzo**, con le quali vengano ad esempio stabilite la data e le percentuali di aumento, nonché l'ordine in cui le imprese debbano procedere al rialzo, o l'indice sulla base del quale calcolare l'aumento. È sufficiente, al fine di integrare la condotta vietata, che il livello o l'aumento dei prezzi sia solo raccomandato, poiché anche mere **raccomandazioni possono facilitare la comprensione e previsione delle future scelte commerciali dei concorrenti e, conseguentemente, l'omogeneizzazione delle condizioni di mercato**, né è necessario che i prezzi siano aumentati in misura analoga.

A tal riguardo, anche il Consiglio di Stato ha ribadito il consolidato principio secondo cui *“sono vietate non solo le intese tramite le quali le imprese fissano i prezzi a livelli esattamente determinati o stabiliscono esattamente prezzi minimi al di sotto dei quali esse si impegnano a non vendere, ma, più in generale, tutte le intese che mirino o abbiano ad effetto di limitare la libera determinazione*

³ Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza del 10 gennaio 2012, n. 3026.

del prezzo e, quindi, la sua naturale flessibilità". A tal proposito è stato aggiunto che *"l'obiettivo di un cartello ben può consistere anche soltanto nell'attenuare in maniera collusiva la riduzione dei prezzi di taluni beni o servizi in un contesto caratterizzato da fattori esogeni quali ad esempio la progressiva crisi di un settore o la riduzione della domanda"*, non essendo infatti *"vietate unicamente quelle intese «che abbiano effetti diretti sul prezzo pagato dai consumatori finali"*. Secondo il giudice amministrativo la concertazione delle rispettive politiche di prezzo *"rientra tra le più gravi restrizioni della concorrenza già per il suo "oggetto" (c.d. "hardcore"), senza bisogno che ne sia provato l'effetto"*, (CdS, VI, 13 febbraio 2019, n. 1025, I771) *"anche quando riguarda prezzi nominali o "listini" (CdS, VI, 2 luglio 2018, n. 4010; 29 marzo 2018, nn. 1998 e aa., nonché 21 marzo 2018, n. 1822, tutte relative a I771).*

Nel caso **I721 – Tolling Edipower** (2010), l'AGCM ha avviato un'istruttoria per accertare l'esistenza di un'intesa consistente nel coordinamento orizzontale tra i *toller* volto ad influenzare la quantità ed i prezzi di vendita dell'energia elettrica nella macro-zona Sicilia, zona caratterizzata da un elevato grado di concentrazione, nonché da condizioni di scarsità di offerta rispetto al fabbisogno. L'Autorità ha chiuso il procedimento rendendo obbligatori i seguenti impegni⁴ presentati dalle parti:

- a) impegno da parte delle imprese *toller* ad affidare alla sola Edipower le attività di approvvigionamento dei combustibili e di formulazione delle offerte di energia elettrica su MGP e su MSD, relativamente alla centrale di San Filippo del Mela (viene così meno ogni rischio che i *toller* stessi possano porre in atto un coordinamento anticoncorrenziale delle proprie condotte commerciali nell'ambito dell'esecuzione dell'accordo di *Tolling*)
- b) impegno di Edipower a aderire, per le unità produttive di San Filippo del Mela individuate da Terna come essenziali, al regime "ordinario" che prevede vincoli alle offerte formulate sui mercati di riferimento a fronte dell'ammissione al reintegro dei costi. In particolare, l'impegno

⁴ V. *infra* §6.2

prevede la formulazione di offerte di prezzo pari a zero in quelle ore in cui Terna giudicherà l'impianto di San Filippo del mela come indispensabile ai fine della sicurezza di rete nel sistema siciliano, e ad un prezzo pari ai costi variabili in tutte le altre ore.

Nel caso **I201 – Produttori di vetro cavo** (1997), l'AGCM ha avviato un'istruttoria per accertare l'esistenza di un'intesa tra i principali produttori del settore del vetro cavo attivi nella produzione di contenitori in vetro destinati all'uso alimentare. Tra le condotte accertate e conseguentemente sanzionate dall'Autorità si annovera la **contestuale ed omogenea applicazione** da parte delle imprese coinvolte nell'intesa **della clausola di fatturazione differenziata degli imballaggi**, volta a modificare il **previgente sistema di fatturazione** e finalizzata a garantire un aumento in modo generale e concordato del livello dei prezzi dei contenitori di vetro cavo.

Chiaramente, le medesime considerazioni espresse in merito ai prezzi possono essere estese agli sconti e ai ribassi, ai margini commerciali e alle commissioni.

Per quanto riguarda, poi, le intese su **tutte le altre condizioni di transazione**, devono considerarsi vietati tutti gli accordi e/o le pratiche concordate che influenzano **le condizioni di concorrenza tra le imprese, uniformando, ad esempio, i costi di trasporto e noleggio, i termini di consegna e pagamento, le clausole di minimo garantito, le garanzie, e i servizi post-vendita**.

*b) **La limitazione della produzione, degli sbocchi commerciali, dello sviluppo tecnico, e degli investimenti***

Tale categoria comprende **le intese volte a stabilire le quote di produzione e/o di vendita di ciascun membro dell'intesa, le clausole di esclusiva che vincolano un determinato canale di distribuzione/vendita ad un solo fornitore (o ad un numero predeterminato di fornitori), a scapito di altri operatori concorrenti, i piani di programmazione della produzione in un sistema consortile e i meccanismi di artificiale compensazione di eventuali eccessi di offerta** (anche attraverso la chiusura concordata degli impianti o la previsione di incentivi alla fuoriuscita di alcuni concorrenti, a nulla rilevando lo stato di crisi o l'eventuale esigenza di ristrutturazione del settore di riferimento).

La nozione di limitazione della produzione deve essere intesa in senso ampio e, quindi, non esclusivamente quantitativo, ma altresì qualitativo. Conseguentemente, rientrano nel divieto gli accordi diretti alla "standardizzazione dei prodotti" che, impedendo la possibilità di immettere sul mercato prodotti qualitativamente superiori, limitano la varietà dell'offerta disponibile, a danno del consumatore e della sua facoltà di scelta.

Nel caso **I649 – Produttori di pannelli truciolari in legno** (2007), l'AGCM ha accertato un sistema concertativo, posto in essere da alcune società attive nella produzione e commercializzazione di pannelli truciolari, diretto a "mantenere artificialmente l'equilibrio di mercato preesistente" attraverso **il contingentamento della produzione basato "sulla programmazione periodica delle interruzioni delle attività, sul calcolo dei bonus, sulla valorizzazione delle interruzioni tecniche e accidentali delle attività e, in definitiva, anche sulle forniture incrociate di prodotto"**.

c) *La ripartizione del mercato, dei clienti e/o delle fonti di approvvigionamento*

Si tratta di una fattispecie particolarmente lesiva della concorrenza, essendo finalizzata alla circoscrizione dell'area di azione di ciascun concorrente e quindi idonea a conferire, ad ogni partecipante all'intesa, una sorta di monopolio nella zona assegnata.

Le modalità attraverso le quali si perviene alla ripartizione dei mercati non sono rilevanti: **sono infatti vietate tutte le intese che assegnano a ciascuno dei concorrenti che hanno partecipato al cartello, un determinato territorio, specifiche quote di vendita, nonché quelle che rendono più oneroso l'accesso ai mercati da parte di soggetti diversi dai partecipanti all'intesa.**

Nel caso **I783 – Accordo tra operatori settore vending** (2016), l'AGCM ha accertato un'intesa restrittiva della concorrenza tra imprese operanti nella distribuzione automatica di alimenti e bevande e la loro associazione di categoria CONFIDA, avente l'obiettivo ultimo di mantenere elevati i prezzi e preservare la marginalità delle imprese, mediante la ripartizione della clientela e del mercato, anche in occasione di gare. Nello specifico, l'AGCM ha rilevato le seguenti condotte illecite: (i) l'adesione ad un patto

di non belligeranza (astensione dal formulare offerte a clienti dei concorrenti “*amici*” ovvero presentazione di offerte non competitive); (ii) il connesso meccanismo compensativo che prevedeva la "restituzione" dei clienti sottratti ai concorrenti “*amici*” (anche tramite subappalti e cessioni di rami d’azienda); (iii) il coordinamento (non belligeranza e compensazioni) avvenuto a monte e/o a valle di gare pubbliche o private (anche mediante l’utilizzo distorto di raggruppamenti temporanei di imprese); (iv) lo scambio di informazioni sensibili (prezzi, erogazioni, tipologia di prodotti/distributori, nominativi dei clienti, strategia commerciale, ecc.).

Nel caso **I776 – Mercato della produzione di poliuretano espanso flessibile** (2015), l'AGCM ha accertato un'intesa restrittiva della concorrenza tra due società produttrici di poliuretano espanso avente ad oggetto il coordinamento delle rispettive politiche commerciali e la ripartizione del mercato e la clientela, anche mediante la costituzione di tre imprese comuni. Nello specifico, le società avrebbero posto in essere un accordo di cessione della clientela, sulla base del quale - dalla fine del 2006 in poi - **hanno assegnato in esclusiva ad un’impresa comune i propri clienti ubicati nell’Italia del centro-sud.** Per l’Autorità, attraverso tale accordo, le società si sono impegnate a non farsi più concorrenza in alcune regioni del centro-sud e, dunque, a fissare insieme i prezzi e le altre condizioni da applicare alla clientela presente in tali regioni, agendo sul mercato come un unico soggetto.

In definitiva, anche il giudice amministrativo ha ribadito che “*le intese finalizzate alla ripartizione dei mercati hanno un oggetto restrittivo della concorrenza in sé e appartengono a una categoria di accordi espressamente vietati dall’articolo 101, paragrafo 1, TFUE, poiché un siffatto oggetto non può essere giustificato mediante un’analisi del contesto economico e giuridico in cui si iscrive la condotta anticoncorrenziale di cui trattasi*” (CdS, VI, 10 luglio 2018, n. 4211, I759 - *FORNITURE TRENITALIA*; 29 maggio 2018, n. 3197, I723 - *BARRIERE STRADALI* e 15 febbraio 2018, n. 1821, I776 - *POLIURETANO ESPANSO FLESSIBILE*. Così anche Tar Lazio, I, 18 aprile 2018, n. 4268; 24 aprile 2018, nn. 4467 e aa., tutte relative a I792 - *GARE OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA*; Tar Lazio, I, 20 aprile 2018, nn. 4401 e aa., I789 - *AGENZIE DI MODELLE*).

d) L'applicazione, nei rapporti commerciali con le controparti negoziali, di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti in assenza di giustificazioni oggettive

Rientrano in tale divieto tutte quelle forme di discriminazione, da parte di una o più imprese, nel trattamento riservato ad altri operatori concorrenti. Si pensi, ad esempio, al boicottaggio operato da un'associazione di categoria (e dai suoi membri) ai danni delle imprese che non aderiscono a quell'associazione, oppure al rifiuto (ingiustificato) ad ammettere un'impresa ad un consorzio o ad un'associazione di categoria, quando l'appartenenza a tali enti collettivi costituisca l'unico mezzo per poter operare, in maniera realmente competitiva, sul mercato.

Nel caso **I651 – ADS Accertamento Diffusione Stampa/Audipress** (2007), l'AGCM ha ritenuto che fosse lesiva della concorrenza la condotta di un'associazione di editori che negava ad alcuni editori di quotidiani gratuiti (c.d. *free press*) non associati ad essa, **l'accesso al servizio di certificazione di tiratura e diffusione, impedendo loro di poter valorizzare gli spazi pubblicitari attraverso i dati sulle vendite, a vantaggio di altri editori associati.**

e) la subordinazione della conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari slegate dall'oggetto dei contratti stessi

Tale condotta difficilmente viene sanzionata come intesa, in quanto viene solitamente censurata come abuso di posizione dominante.

2.3 Fattispecie di intesa per oggetto di particolare attualità nella prassi decisionale dell'AGCM ed ella Commissione europea

Negli ultimi anni le autorità di concorrenza si sono focalizzate su due particolari modalità di realizzazione di intese per oggetto *hard core*, vale a dire: a) **lo scambio di informazioni** e b) **il coordinamento nella partecipazione alle procedure di gara.**

a) *Lo scambio di informazioni*

Lo scambio di informazioni tra concorrenti può rappresentare un'intesa illecita sia come fattispecie autonoma, sia come condotta strumentale alla realizzazione di un più ampio accordo orizzontale tra concorrenti. Tale flusso informativo può inoltre costituire un accordo, una pratica concordata o una decisione di un'associazione di imprese aventi come oggetto la fissazione dei prezzi o delle quantità e viene di norma valutato alla stregua di un cartello ed è soggetto alle medesime ammende.

Lo scambio di informazioni può peraltro facilitare l'attuazione di un cartello consentendo alle imprese di monitorare il rispetto, da parte dei partecipanti, degli accordi raggiunti. In questo caso, lo scambio verrà valutato come parte del cartello.

Affinché uno scambio di informazioni sia illecito, è necessario guardare ai seguenti elementi:

- **la natura strategica e non pubblica delle informazioni scambiate:**

è illecito lo scambio di dati **strategici**, e cioè utili **a definire le decisioni commerciali che ciascuna impresa deve assumere autonomamente sul mercato e non disponibili attraverso fonti pubbliche**. Ad esempio, sono dati strategici quelli concernenti **i prezzi** (prezzi attuali ed effettivi, prezzi indicativi, sconti e politiche di sconto), **l'attività produttiva** (capacità produttiva, livelli di produzione effettiva, obiettivi di mercato, costi di produzione, strategie di offerta), **i clienti** (elenchi di clienti dei concorrenti, strategie concernenti negoziazioni con clienti), **presenza sul mercato e strategie di investimento territoriale** (indicazione delle aree geografiche ritenute di maggiore interesse, in cui i concorrenti intendono investire), **fornitori** (termini e condizioni di fornitura, identificazione di fornitori attuali o potenziali), **dati attinenti alle vendite** (quantità vendute, fatturati, ricavi, profitti, termini e condizioni di vendita, strategia promozionale, costi); **investimenti e know how**.

Al contrario, tutte quelle informazioni attinenti all'attività di impresa che possono essere rinvenute attraverso fonti pubbliche (bilanci, pubblici registri ecc.) e che sono dunque facilmente accessibili da parte di chiunque ne faccia richiesta, **possono essere scambiate**;

- **L'attualità dei dati oggetto di condivisione:**
è illecito lo scambio di informazioni relative al futuro, attuali o risalenti ad un recente passato (ossia ad un periodo inferiore all'anno precedente il momento in cui le informazioni sono scambiate)⁵.
- **il livello di aggregazione dei dati scambiati:**
è illecito lo scambio di informazioni **disaggregate**, ossia che siano direttamente riconducibili alla specifica impresa cui si riferiscono. Tuttavia, anche la diffusione di dati aggregati sotto forma di statistiche – vale a dire dati attraverso cui non si possa risalire alle singole imprese – potrebbe essere rivelatrice di un intento collusivo qualora il mercato di riferimento sia rigidamente oligopolistico (vale a dire un mercato in cui operano solo poche imprese): quanto più è rigido e ristretto l'oligopolio, infatti, tanto più è agevole disaggregare i dati e conseguentemente raggiungere un equilibrio collusivo.

Nel caso *1856 – Comparatori di prezzo/scambio di informazioni polizze RCA* (2022) l'AGCM ha avviato un'istruttoria nei confronti dei principali operatori che forniscono servizi di comparazione di prezzo e delle principali imprese assicurative al fine di accertare la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza mediante lo scambio di informazioni sensibili nel mercato italiano della vendita diretta di polizze per la responsabilità civile auto (RCA). Secondo l'Autorità, le società avrebbero coordinato le rispettive strategie commerciali nella vendita diretta di polizze RCA, praticando ai consumatori finali sconti attenuati grazie alla conoscenza reciproca delle condizioni di vendita offerte sui portali di comparazione. Tale coordinamento avrebbe avuto luogo attraverso **un intenso e regolare scambio di informazioni strategiche sulle condizioni economiche di vendita delle polizze RCA**, e la condivisione di *report* elaborati e distribuiti dalle società di comparazione di prezzo, riguardanti, tra l'altro, il posizionamento dei concorrenti sui portali di comparazione, la differenza con il premio quotato dai concorrenti, i dati dei consumatori e quelli dei preventivi. L'AGCM ha chiuso il procedimento senza accertare l'infrazione,

⁵ In realtà, la valutazione circa la rilevanza dell'"età" delle informazioni scambiate deve essere accertata in concreto, dipende, cioè, dal settore commerciale di riferimento.

subordinatamente all'implementazione degli impegni presentati dalle parti, ritenuti idonei a superare le possibili criticità concorrenziali inerenti allo scambio informativo realizzato attraverso le piatte forme di comparazione, oggetto del procedimento di avvio.

Nel caso **I811 – Finanziamenti auto** (2018), l'AGCM ha accertato un'intesa posta in essere dalle *captive banks* di alcuni gruppi automobilistici, realizzata nella forma di un cartello segreto relativo al collocamento di prodotti finanziari legati alla vendita di automobili. L'Autorità ha ritenuto che l'intesa avesse avuto luogo mediante un **intenso scambio** (bilaterale e multilaterale) **di informazioni**, anche in sede associativa, **afferenti dati sensibili, disaggregati e attuali**. Oggetto dello scambio sarebbe stati infatti dati puntuali relativi ad ogni singola società, nonché, in molti casi, a ciascuno dei rispettivi marchi, e, talvolta, perfino ad uno o più modelli specifici di auto vendute.

Nel caso **I742 – Tondini per cemento armato** (2017), l'AGCM ha accertato un'intesa posta in essere da alcuni operatori nel mercato della produzione e commercializzazione all'ingrosso di prodotti siderurgici consistita nel **coordinamento delle politiche commerciali** delle società. Precisamente, tali operatori avrebbero realizzato l'intesa attraverso: (i) scambi periodici di informazioni commercialmente sensibili, sfruttando le riunioni delle associazioni di categoria, sul principale *input* produttivo; nonché (ii) la fissazione del listino *extra* e della componente base dei prezzi.

In definitiva, anche il Consiglio di Stato ha confermato che lo scambio di informazioni può costituire una restrizione 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*”, il che tipicamente accade in ragione della “*natura strategica delle informazioni scambiate (ad esempio, prezzi effettivi, sconti, aumenti, riduzioni o abbuoni)*”, anche se “*riferiti a comportamenti di prezzo storici*”, dovendosi all'uopo verificare: “*a) se i dati vengono forniti alle parti in modo aggregato o individualizzati; b) l'età dei dati, c) la frequenza dello scambio di dati; d) se le informazioni sono pubbliche, ovvero facilmente accessibili per tutti i concorrenti e i consumatori (in termini di costi di accesso)*” (CdS, VI, 2 luglio 2018, n. 4010; 29 marzo 2018, nn. 1998 e aa., e 21 marzo 2018, n. 1822, tutte relative al caso I771).

In termini più generali, lo scambio di informazioni può avvenire in maniera diretta, ad esempio in occasione di riunioni cui partecipino rappresentanti di diverse imprese concorrenti, oppure nell'ambito di riunioni di associazioni di categoria, nelle quali lo scambio di informazioni non si limiti a quanto necessario per realizzare studi di settore e includa lo scambio di informazioni sensibili.

Nel caso **I793 - Aumento prezzi cemento** (2017), l'AGCM ha accertato l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza fra imprese operanti nel mercato del cemento, realizzata anche grazie all'attività svolta dall'associazione di categoria di cui le imprese fanno parte. Nel caso di specie, le imprese cementiere avevano concordato, anche nel corso di **riunioni associative, identici aumenti del prezzo del cemento**. Successivamente, le imprese coinvolte hanno altresì provveduto a monitorare, avvalendosi della collaborazione attiva di un distributore, l'effettiva applicazione di tali aumenti di prezzo da parte di tutti i concorrenti. Dato il carattere particolarmente grave dell'intesa, l'AGCM ha sanzionato le imprese complessivamente per oltre 184 milioni di euro.

Nel caso **I201 – Produttori di vetro cavo** (1997), l'AGCM ha accertato l'esistenza di un'intesa fra imprese operanti nel mercato del vetro cavo alimentare in Italia, anche grazie all'attività svolta dall'associazione di categoria di cui le imprese fanno parte. Nel caso di specie, le risultanze istruttorie hanno dimostrato l'esistenza di un sistema di **scambio di informazioni commercialmente sensibili, realizzato tramite l'associazione Assovetro, relativo ai dati mensili di vendita** totali e **aggregati di ciascuna impresa**, sia in termini di pezzi che in tonnellate, **in molteplici segmenti di mercato** (vini e spumante, birre, minerali, bevande fino a 250cc., bevande oltre 250cc., latte, sciroppi, distilleria, olio, aceto, succhi, mignon, aperitivi monodose, passata pomodoro e ketchup, e vasi), nonché ai dati aggregati relativi alla produzione, all'export e ai magazzini.

Lo scambio di informazioni può avvenire anche indirettamente, tramite un soggetto terzo (*hub-and-spoke*). In questo caso i concorrenti non hanno alcun contatto tra di loro, ma le informazioni

vengono veicolate attraverso soggetti terzi, quali fornitori o clienti. Anche questo tipo di scambi viola il diritto antitrust se ha ad oggetto informazioni sensibili.

Nel caso **S/DC/0607/17 - Tabacos**, l'Autorità di concorrenza spagnola ha rilevato che la società Logista, distributrice di sigarette e prodotti del tabacco, avesse messo a **disposizione di tre imprese manifatturiere** una piattaforma *online* che **consentiva l'accesso a informazioni sulle vendite di sigarette proprie e delle altre imprese operanti nello stesso mercato**. L'Autorità di concorrenza ha ritenuto che tale condotta costituisse un'intesa restrittiva della concorrenza e, pertanto, ha comminato alle imprese coinvolte sanzioni complessive per oltre 57 milioni di euro.

Un'intesa *hub-and-spoke* può essere altresì favorita dall'intermediazione di un cliente o di un distributore di società concorrenti. Tuttavia, a questo proposito, l'Autorità ha già sostenuto nel caso **I732 – Aumento prezzi bitume** (2011) che in mercati oligopolistici, quali quello della fornitura di bitume, l'elevato grado di trasparenza delle condizioni commerciali praticate dalle società concorrenti rappresenta un presupposto in grado di consentire agli operatori di adeguare i rispettivi comportamenti di prezzo anche in assenza di un esplicito coordinamento, non potendo pertanto considerare un analogo andamento dei prezzi tra concorrenti quale diretta conseguenza di un'intesa restrittiva. In tale circostanza, l'Autorità non ha dunque rilevato ai fini antitrust l'intensa e legittima attività di *market intelligence* svolta dai rivenditori o dai clienti per conto delle società.

b) Il coordinamento nella partecipazione alle gare pubbliche

Nella prassi decisionale dell'AGCM sono state individuate quattro principali condotte (costituenti altrettante intese illecite *hard-core*) che si verificano nell'ambito delle gare per l'assegnazione di appalti pubblici. In particolare:

- **la presentazione di offerte di comodo ("cover bidding")** ovvero di offerte con importi palesemente troppo elevati o comunque superiori a quanto gli stessi soggetti partecipanti abbiano offerto in analoghe procedure di appalto o avrebbero offerto in un mercato concorrenziale. In questo caso, le imprese parti dell'accordo hanno già pre-selezionato l'impresa che sarà aggiudicataria dell'appalto, che sarà quella che, rispetto alle altre, avrà presentato l'unica offerta economicamente ragionevole.

Nel caso **I463 – Pellegrini/Consip** (2002), l'AGCM ha accertato un'intesa tra imprese attive nel settore della ristorazione in sede di partecipazione ad una gara bandita dalla Consip per l'aggiudicazione dei servizi sostitutivi di mensa mediante buoni pasto per i dipendenti delle amministrazioni pubbliche. In particolare, l'Autorità ha stabilito che l'intesa è stata realizzata *“determinando congiuntamente un prezzo del servizio superiore a quello che sarebbe prevalso in assenza di concertazione ed assicurando a ciascuna impresa l'aggiudicazione di almeno uno dei lotti o una sua parte, garantendo la stabilità delle loro quote, rispetto a quelle detenute in precedenza”*. Tra le modalità con cui la concertazione è stata posta in essere, l'AGCM ha contestato la determinazione congiunta delle modalità di partecipazione alla gara e, segnatamente, *“l'individuazione concertata tra tutte le partecipanti all'intesa della composizione delle varie ATI, nonché delle imprese destinate a presentarsi singolarmente, la fissazione congiunta dei livelli di sconto nella presentazione delle singole offerte e la ripartizione dei lotti”*.

- **il boicottaggio della gara ("bid suppression")**, ovvero l'astensione dal presentare offerte o l'accordo di ritirare un'offerta inizialmente presentata, affinché la gara venga aggiudicata dall'impresa pre-designata dal cartello. In questo modo, la stazione appaltante, salvo che il bando di gara non preveda diversamente, dovrà aggiudicare l'appalto all'unica impresa che ha presentato l'offerta, oppure, qualora decidesse di non procedere all'aggiudicazione per indire un nuovo bando, dovrà prolungare il contratto con il fornitore uscente. Gli elementi ritenuti indici di questa condotta sono: l'assenza di offerte; la presentazione di un'unica offerta o di un numero di offerte comunque insufficiente per procedere all'assegnazione dell'appalto, laddove stazione appaltante abbia stabilito un numero minimo per la regolarità della gara; nonché la presentazione di offerte tutte caratterizzate dal medesimo importo, soprattutto nell'ipotesi in cui le procedure di gara fissate dalla stazione appaltante prevedano, in simili circostanze, l'annullamento della gara o la ripartizione dell'appalto *pro quota*.

Nel caso **I835 – Mercato dei contatori dell'acqua (2022)**, l'AGCM ha accertato l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale che ha condizionato un numero consistente di gare tra il 2011 e il 2019 da vari gestori del Servizio Idrico Integrato attivi in Italia. Le imprese partecipanti alle gare, infatti, avevano più volte concordato le modalità di partecipazione alle gare, accordandosi ad esempio sulle indicazioni di prezzo minimo o di sconto massimo, **decidendo comunemente di non partecipare**, o addirittura definendo la motivazione da presentare alla stazione appaltante. Tali prove sono state rinvenute nel corso delle ispezioni condotte dall'AGCM all'interno di documenti e fax, inclusa una lettera anonima. L'intesa ha così neutralizzato il confronto competitivo tra le parti a danno delle amministrazioni pubbliche appaltanti ed è stata pertanto oggetto di sanzione da parte dell'AGCM per un totale complessivo superiore a 10 milioni di euro.

Nel caso **I731 – Gare assicurative ASL e aziende ospedaliere campane (2011)**, l'AGCM ha accertato un'intesa tra compagnie assicurative attuata mediante *"la ripartizione delle quote di partecipazione in gara o successivamente alla stessa (coassicurazione prima o dopo l'aggiudicazione), lo scambio di lotti e/o di affidamenti in diversi enti banditori, **la disdetta e successivo subentro con l'obiettivo di evitare il confronto competitivo e di mantenere nel tempo una certa stabilità dei servizi erogati**".* L'Autorità ha precisato che *"Tale partecipazione coordinata [alle gare] si è palesata [...] oltre che attraverso il ricorso all'istituto della coassicurazione [...], anche attraverso altri comportamenti tipici della ripartizione dei mercati, quali lo scambio di quote o lotti e la mancata partecipazione in concorrenza su determinate gare"*.

- **la rotazione delle offerte ("*bid rotation*")**, ovvero la predisposizione di un meccanismo sistematico che consente a tutte le imprese che hanno preso parte al cartello, a rotazione, l'aggiudicazione delle gare indette dalle stazioni appaltanti. A tal fine, le imprese si servono spesso del meccanismo del *cover bidding* (presentazione di offerte di comodo) cosicché la stazione appaltante aggiudicherà l'appalto all'operatore designato dai partecipanti all'intesa,

in quanto la riterrà la sua offerta più vantaggiosa rispetto alle offerte degli altri operatori partecipanti.

Nel caso **I474 – Aziende di trasporto pubblico locale-Petrolieri** (2003), l'AGCM ha accertato un'intesa tra alcune società, attive nel commercio di prodotti petroliferi, volta a ripartire le forniture ad aziende del trasporto pubblico locale e implementata "*mediante un complesso sistema di turnazione e di raggruppamento societario [...]*". In particolare, l'Autorità ha ritenuto che "*Tali pratiche sono consistite nell'organizzazione di un sistema di turnazione nelle forniture di gasolio relative alle gare mensili per le forniture dell'anno 1999 e, successivamente alle modifiche apportate alle condizioni di gara per l'anno 2000 dall'ente appaltante, e nel mantenere la ripartizione storica delle forniture tra tutte le imprese qualificate anche attraverso il ricorso strumentale al raggruppamento di imprese in ATP*". Con specifico riferimento alla turnazione delle offerte, l'AGCM ha precisato che "*l'eventualità che la turnazione sia un esito "spontaneo" del mercato è un caso estremo, circoscritto dalla teoria economica alle ipotesi in cui le imprese presentino vincoli di capacità o si sia in presenza di diseconomie di scala*".

- **la ripartizione del mercato ("*market allocation*")**, ovvero la presentazione di offerte secondo logiche di artificiale ripartizione dei mercati in funzione del territorio, della tipologia di clientela o delle diverse forniture richieste dalla stazione appaltante.

Nel caso **I847 - Gare d'appalto bandite dall'arsenale marina militare di Taranto (2023)**, l'AGCM ha sanzionato, per violazione dell'art. 101 TFUE, 14 imprese aggiudicatrici che avevano preso parte ad una intesa segreta avente ad oggetto la ripartizione del mercato sostanziata nella individuazione delle modalità di partecipazione e nella limitazione del reciproco confronto concorrenziale per l'affidamento di una serie di procedure di gara bandite dal Ministero della Difesa per l'affidamento di diversi servizi per l'ammodernamento di navi militari in sosta presso l'Arsenale di Taranto e di servizi connessi al sostegno logistico portuale del medesimo Arsenale. In particolare, l'Autorità ha accertato l'esistenza e

successiva attuazione di un accordo tra concorrenti - principali operatori del settore della manutenzione di navi della Marina Militare nazionale – per la spartizione a “tavolino” degli affidamenti di servizi oggetto delle gare attraverso il coordinamento delle reciproche strategie partecipative. Tale disegno collusivo ha comportato, secondo l'Autorità, l'eliminazione del rischio del confronto concorrenziale reciproco tra i principali concorrenti nelle predette procedure pubbliche (c.d. *bid rigging*) e alla conseguente **ripartizione del mercato**.

Nel caso **I816 – Gara So.re.sa rifiuti sanitari regione Campania** (2019), l'AGCM ha accertato un'intesa *hard-core* nella gara per l'affidamento dei servizi di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti speciali, tesa alla **ripartizione dei lotti** nei quali si articolava la gara pubblica di acquisizione (in via centralizzata per tutte le ASL campane) del servizio di raccolta, trasporto e conferimento a impianto di smaltimento dei rifiuti sanitari. L'Autorità ha ritenuto che le parti avessero definito *ex ante* ed in maniera concordata la strategia di partecipazione alla gara, non sovrapponendosi in nessuno dei lotti ed utilizzando anche il medesimo consulente per la predisposizione delle relazioni tecniche. Mediante la stipula di distinti contratti con quest'ultimo, infatti, ciascuna società avrebbe potuto controllare il rispetto della decisione di spartizione dei lotti.

L'AGCM ritiene che la costituzione di associazioni/raggruppamenti temporanei di imprese ("**RTI**"/"**ATI**") e Consorzi per la partecipazione alle gare è senz'altro compatibile con la normativa antitrust – e può avere, anzi, effetti pro-competitivi – nella misura in cui consente a piccole imprese (che da sole non avrebbero i requisiti necessari) di concorrere per l'aggiudicazione di un appalto, così contribuendo ad ampliare il novero dei possibili offerenti, con conseguente incremento del livello di concorrenza in relazione all'aggiudicazione della gara.

Al contempo, tuttavia, l'AGCM ha ritenuto che tali forme associative si possano prestare ad un utilizzo distorto in ragione della potenziale idoneità a **favorire fenomeni di ripartizione del mercato e scambio di informazioni sensibili**.

In sintesi, la valutazione circa la compatibilità di tali fenomeni di raggruppamento con il diritto della concorrenza deve essere condotta caso per caso, in ragione delle specificità delle imprese

partecipanti, della tipologia di accordo alla base dello specifico raggruppamento di imprese oggetto di valutazione, della fornitura oggetto di gara e del mercato di riferimento.

L'AGCM, in particolare, ha rilevato che il ricorso a forme di collaborazione e raggruppamento d'impresa in sede di gara fosse esente da censure *antitrust* solo nel caso in cui le imprese partecipanti, singolarmente prese:

- risultano sprovviste **dei mezzi finanziari o produttivi necessari per soddisfare la domanda oggetto di gara;**
- non dispongono **della capacità tecnica necessaria per partecipare a una gara il cui oggetto sia particolarmente articolato e complesso.**

Così, in passato, ha ritenuto che i consorzi, le ATI o i RTI tra imprese che producono il medesimo bene o servizio integrano una violazione della normativa a tutela della concorrenza **quando le singole imprese aderenti all'ATI o allo RTI possono partecipare individualmente alla gara d'appalto e quindi le associazioni e i raggruppamenti temporanei di imprese sono "sovradimensionati".**

Nel caso **I657 – Servizi aggiuntivi di trasporto pubblico nel Comune di Roma** (2007), l'AGCM ha accertato un'intesa tra società attive nella fornitura di autoservizi di trasporto pubblico locale realizzata mediante un utilizzo collusivo delle ATI. In particolare, l'Autorità ha ritenuto che *“dalle risultanze istruttorie sono emerse evidenze significative in merito ad accordi orizzontali fra importanti operatori di TPL che hanno portato alla costituzione di macro aggregazioni a valenza nazionale, orientate alla partecipazione coordinata alle procedure di gara di cui si attendeva a breve il bando, con esplicita finalità di limitare la concorrenza tra le Parti e proteggere il bacino storico di riferimento dell'operatore incumbent in una data area territoriale. In quest'ottica rileva la costituzione di ATI, formatesi a supporto dell'operatore incumbent, **assolutamente non proporzionate ai requisiti richiesti dai bandi che, alla luce delle affermazioni contenute negli accordi contestati, si connotano per la valenza anticoncorrenziale più che per la finalità sinergica volta al miglioramento dell'offerta**”.*

Nel caso **I670 - Acea - Suez Environment/Publiacqua** (2007), secondo l'AGCM, le società ACEA e SUEZ ENVIRONNEMENT avrebbero messo in atto

un'intesa restrittiva della concorrenza nel mercato nazionale della gestione dei servizi idrici. L'intesa, protrattasi a partire dal 2001, avrebbe avuto per oggetto e per effetto il coordinamento delle strategie commerciali delle due società, tra loro concorrenti, nel settore delle gestioni idriche, che si è concretizzata principalmente nella partecipazione congiunta alle gare dirette per l'affidamento del servizio o alle procedure per l'assunzione di partecipazioni di controllo di imprese affidatarie dello stesso – c.d. partenariato pubblico-privato (PPP) - relative ad un numero significativo di Ambiti Territoriali Ottimali. Secondo l'Autorità l'intesa avrebbe direttamente condizionato l'esito di quasi un quarto delle gare per la gestione dei servizi idrici realizzati a livello nazionale oltre ad incidere significativamente su altre procedure di gara poi aggiudicate ad altri soggetti, proprio nella fase di apertura alla concorrenza di tale mercato. In particolare, ACEA e SUEZ ENVIRONNEMENT sarebbero ricorse in maniera sistematica alla partecipazione mediante raggruppamenti temporanei di impresa per ragioni di natura strategica, quando avrebbero potuto partecipare autonomamente alle gare competendo tra loro, essendo rispettivamente il principale operatore a livello nazionale in Italia e il primo gestore straniero di servizi idrici nel nostro Paese.

L'attuale approccio interpretativo adottato dall'AGCM sembra, invece, più "dinamico", nel senso che le associazioni e i raggruppamenti temporanei "sovradimensionati" devono essere sottoposti ad un'analisi che ne valuti, in concreto, la liceità o meno alla luce del principio di proporzionalità, cioè considerando l'oggetto e le dimensioni del servizio richiesto dal bando di gara⁶. Conseguentemente, l'Autorità ha chiarito che la costituzione di un RTI "sovradimensionato" non si configura come un accordo, *ex se*, illecito ai sensi degli articoli 101, paragrafo 1, del TFUE e 2 della legge n. 287/1990, ma costituisce un "*indizio della volontà di mettere in atto una strategia spartitoria del mercato*" **quando non vi sono ragioni di efficienza e razionalità economica alla base della scelta di due o più concorrenti di collaborare in vista dell'aggiudicazione.**

⁶ AGCM, AS880 – *Codice dei contratti pubblici: tipizzazione delle cause di esclusione dalle procedure di gara e determinazione dell'offerta migliore*, del 28 settembre 2011; AGCM, AS987 – *Affidamento dei servizi assicurativi di intermediazione assicurativa*, del 1° ottobre 2012.

Nel caso **I740 – Comune di Casalmaggiore-Gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas** (2012), l'AGCM ha accertato un'intesa tra E.On Rete e Linea Distribuzione, entrambe attive nella distribuzione del gas. Tali imprese sono risultate uniche partecipanti alla gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas in otto comuni cremaschi, bandita dal Comune di Casalmaggiore. Gli altri concorrenti, seppur invitati, hanno infatti deciso di non presentare alcuna offerta, anche alla luce del diniego di E.On Rete ad un sopralluogo dell'impianto di distribuzione localizzato sul territorio interessato. Inoltre, E.On Rete e Linea Distribuzione erano i gestori uscenti, ciascuno per conto proprio, del servizio di distribuzione negli otto comuni. Tuttavia, queste hanno partecipato alla gara riunite in ATI. A tal riguardo, l'Autorità ha ritenuto che, E.On Rete e Linea Distribuzione avrebbero potuto partecipare autonomamente alla gara, superando ognuna, di gran lunga, le capacità tecniche, gestionali e finanziarie richieste dal bando di gara. A parere dell'Autorità, le società hanno fatto un uso improprio ed illecito dell'ATI, al solo scopo di ripartirsi il mercato messo a gara, mantenere ciascuna il proprio bacino di affidamento e riacquistarlo al minor prezzo. L'obiettivo sarebbe stato facilitato dall'effetto "dissuasivo" legato al diniego di E.On Rete di accesso agli impianti ai concorrenti. L'AGCM, inoltre, ha ritenuto l'atto di costituzione dell'ATI come ulteriore dimostrazione dell'intento collusivo delle due società: questo, infatti, stipulato dopo l'aggiudicazione della gara, prevedeva espressamente che ognuna delle due società continuasse a gestire in maniera autonoma il servizio di distribuzione del gas esattamente nei Comuni nei quali aveva in precedenza la concessione.

Pertanto, l'AGCM⁷ ha sottolineato che la stazione appaltante, al fine di escludere dalla gara un raggruppamento "sovradimensionato", deve necessariamente:

⁷ AGCM, *Comunicazione avente ad oggetto l'esclusione dei raggruppamenti temporanei di imprese "sovrrabbondanti" dalle gare pubbliche* del 23 dicembre 2014.

- esplicitare le ragioni della possibile esclusione in relazione alle esigenze del caso concreto, quali la natura del servizio e/o l'assetto del mercato di riferimento;
- prevedere che l'esclusione del RTI non sia automatica e, quindi, dimostrare la sussistenza di rischi concreti e attuali di collusione delle imprese partecipanti alla gara in raggruppamento;
- tenere conto, nella valutazione relativa alla sussistenza dei possibili profili anticoncorrenziali nella formazione del raggruppamento, delle giustificazioni che le imprese partecipanti al RTI forniscono al momento della presentazione della domanda o su richiesta della stazione appaltante.

Con particolare riguardo alle giustificazioni a sostegno del raggruppamento fornite dalle imprese, esse non devono limitarsi ad una mera "autocertificazione", ma essere basate su precisi elementi in grado di corroborare la tesi delle imprese associate come, ad esempio, il piano di *business* che evidenzia l'opportunità di partecipare in RTI alla luce del valore/dimensione/tipologia del servizio richiesto o dell'attuale stato delle imprese coinvolte (coinvolgimento in altri servizi, stato di difficoltà, temporanea impossibilità di utilizzare i mezzi a disposizione)⁸.

Le imprese, quindi, devono dimostrare che la collaborazione sia sostenuta da un solido rationale economico e che, in altri termini, seppure essa non rappresenti l'unico strumento per partecipare alla gara si renda comunque necessaria per conseguire efficienze altrimenti non raggiungibili e per formulare un'offerta realmente competitiva in termini economici e tecnico-qualitativi.

In sostanza, grava sulle imprese che, pur presentando i requisiti per partecipare alla gara autonomamente, decidono di raggrupparsi l'onere di provare, da un lato, l'assenza di finalità collusive e, dall'altro, che il quadro concorrenziale che deriva dalla costituzione del RTI risulta migliorato rispetto alla situazione preesistente, consentendo, quindi, agli operatori di esercitare una sostanziale pressione concorrenziale.

Alla luce del complesso delle considerazioni svolte, sulla base delle più recenti prassi e giurisprudenza, i raggruppamenti - anche se "sovradimensionati" - possono essere considerati compatibili con la disciplina delle intese di cui agli articoli 101.1 del TFUE e 2 della legge n. 287/1990, laddove consentano di:

⁸ AGCM, AS987 – *Affidamento dei servizi assicurativi di intermediazione assicurativa*, del 1° ottobre 2012.

- realizzare un miglioramento dell'offerta sul mercato dei beni e dei servizi interessati attraverso incrementi di efficienza;
- generare benefici riservati ai consumatori;
- non realizzare restrizioni della concorrenza che non siano strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità positive di cui sopra;
- non determinare l'eliminazione della concorrenza in una parte sostanziale del mercato.

3. Il regime di esenzione delle intese

La disciplina europea ha introdotto un sistema di deroghe che consente di sottrarre talune intese illecite dall'applicazione del divieto di cui agli artt. 101 TFUE e 2 della legge n. 287/1990. Nello specifico, sono state introdotte, attraverso appositi regolamenti, esenzioni che si applicano, in blocco, a tutti gli accordi restrittivi realizzati all'interno di specifici settori economici e che rispettino taluni requisiti (c.d. "esenzioni per categoria"), nonché esenzioni da valutare caso per caso, su base individuale, ai sensi del paragrafo 3 dell'art. 101 TFUE.

3.1 *L'esenzione individuale delle intese*

Tralasciando, in questa sede, le esenzioni per categoria (disciplinate, come abbiamo detto da specifici e numerosi regolamenti), affinché possa essere concessa, ad una specifica intesa illecita, una esenzione dall'applicazione del divieto di cui agli artt. 101 TFUE e 2 della legge n. 287/1990, devono ricorrere alcune specifiche condizioni. Segnatamente, è necessario che:

- a) **l'accordo porti ad un miglioramento della produzione o della distribuzione, ovvero contribuisca al progresso tecnologico o economico.** Tale condizione è soddisfatta allorché le parti dimostrino che l'accordo abbia generato i benefici invocati in termini di efficienza, oppure esista una elevata probabilità che i benefici addotti dalle parti si possano obiettivamente concretizzare, e sussista un rapporto di causalità tra i benefici attesi e limitazioni della concorrenza derivanti dall'accordo. Possono essere oggetto di apprezzamento solo i benefici oggettivi, ciò significa che gli incrementi di efficienza non sono valutati rispetto alle aspettative o alle previsioni delle parti;
- b) **gli utilizzatori/consumatori partecipino all'utile che le imprese ricevono dall'accordo.** Si considera risultato utile il vantaggio che l'accordo produce ovvero il vantaggio che può in astratto determinare nel breve termine. Rientrano nella definizione di "utile" ai fini dell'applicazione della presente condizione, ad esempio: la diminuzione dei prezzi, ovvero la

stabilità dei prezzi di listino a fronte dell'aumento dei costi o dell'instabilità dell'offerta; l'aumento della produttività; il miglioramento della qualità; il progresso tecnico. La condizione viene soddisfatta solo se i benefici per gli utilizzatori/consumatori siano prevalenti, o quanto meno non inferiori, rispetto agli effetti anticompetitivi prodotti dall'accordo;

- c) **l'accordo non imponga alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per il raggiungimento degli obiettivi perseguiti**: In altri termini, ciascuna clausola limitativa della concorrenza deve essere ragionevolmente necessaria alla realizzazione degli incrementi di efficienza cui è preposta; e
- d) **l'accordo non sia idoneo ad eliminare una parte sostanziale della concorrenza**: tale condizione non può essere soddisfatta quando le quote di mercato delle imprese partecipanti siano particolarmente elevate.

4. L'abuso di posizione dominante

4.1 Il divieto di abuso di posizione dominante

Gli articoli 102 del TFUE e 3 della legge n. 287/1990 vietano lo sfruttamento abusivo della posizione dominante da parte di una o più imprese.

Per **posizione dominante** si intende una situazione di potenza economica in virtù della quale l'impresa che la detiene ha la possibilità di tenere comportamenti del tutto indipendenti da quelli dei propri concorrenti, clienti e consumatori. Da tale posizione, il diritto *antitrust* fa discendere una **speciale responsabilità** in capo all'impresa che ne è titolare, alla quale è fatto divieto di compromettere lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata sul mercato. Difatti, condotte che sarebbe considerate "neutre" sotto il profilo *antitrust* laddove realizzate da imprese sprovviste di un simile potere di mercato, potrebbero risultare invece illecite se poste in essere dall'impresa in posizione dominante.

Il divieto in questione **non colpisce la posizione dominante di per sé, ma il suo eventuale abuso**⁹.

In tal senso, *“la ‘dominanza’ genera nell’impresa una ‘speciale responsabilità’ di non compromettere, con il suo comportamento, lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non*

⁹ Nonostante l'abuso di posizione dominante dal lato dell'offerta rappresenti l'ipotesi più ricorrente, non è da escludere l'esistenza di analoga situazione dal lato della domanda: tale fattispecie è nota come monopsonio.

falsata in mercati in cui, proprio per il fatto che vi opera un'impresa dominante, il grado di concorrenza è già ridotto (Corte di giustizia CE, 14 novembre 1996, n. 333/94)” (Tar Lazio, I, 28 febbraio 2022, n. 2334, A514). Attesa detta “speciale responsabilità”, “si pone come irrilevante l'elemento psicologico del dolo o della colpa, potendosi realizzare la fattispecie dello sfruttamento abusivo della posizione dominante anche in mancanza dell'elemento volitivo” (v. anche: 6.12.12, in C-457/10, 19.4.12, in c-549/10, 17.2.11, in C-52/09, 11.12.08, in C-52/07)” (Tar Lazio, I, 26 settembre 2019, n. 11330, A508).

a) La posizione dominante

Preliminare rispetto all'individuazione di questa fattispecie anticoncorrenziale è quindi l'accertamento della posizione dominante.

Al riguardo, *“l'esistenza di una posizione dominante deriva in generale dalla concomitanza di più fattori che, presi isolatamente, non sarebbero stati necessariamente decisivi” (Tar Lazio, I, 28 febbraio 2022, n. 2334, A514). Essa si configura quale “posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva su un determinato mercato e ha la possibilità di tenere comportamenti in linea di massima indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori” (Corte di Giustizia, 14 febbraio 1978, C - 27/76 United Brands). (...) “La norma [ndr: l'art. 102 TFUE] delinea una fattispecie ‘aperta’ con la conseguenza che, per aversi posizione dominante, non è necessario che un'impresa si trovi in una posizione di monopolio o di quasi monopolio su un dato mercato, atteso che ciò che rileva è la possibilità per l'impresa di essere in grado (se non di decidere, quantomeno) di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza (Corte di giustizia CE 14 febbraio 1978, c-27/76, e 13 febbraio 1979, C-85/76, Hoffmann/La Roche)” (Tar Lazio, I, 28 febbraio 2022, n. 2334, A514).*

Al fine di accertare se un'impresa detiene sul mercato rilevante una posizione dominante, è necessario innanzitutto considerare la sua **quota di mercato**¹⁰: più elevata è la porzione di mercato detenuta dall'impresa, maggiori saranno le probabilità che essa si trovi in posizione dominante, secondo lo schema che segue.

Quota di mercato	Indicazione
------------------	-------------

¹⁰ Cfr. *Comunicazione della Commissione, Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti (2009/C 45/02).*

< 40%	Si presume che <u>non</u> ci sia posizione di dominanza (salvo prova contraria).
> 40% < 50%	Si presume <u>ci</u> sia una <u>posizione di dominanza</u> . Per confutare tale presunzione, occorre prendere in considerazione ulteriori elementi, quali: le quote di mercato dei principali concorrenti, l'esistenza di barriere all'ingresso ecc.
> 50%	Nella prassi si ritiene quasi sempre sussistente una posizione dominante.

Nel valutare l'esistenza di una posizione dominante, comunque, **occorre analizzare uno spettro più ampi di fattori**, tra cui: le caratteristiche economiche del mercato di riferimento, oppure la presenza di eventuali vincoli istituzionali; la stabilità nel tempo della quota di mercato detenuta; il numero dei concorrenti e la loro dimensione; la limitata possibilità di reazione degli altri concorrenti al comportamento dell'impresa; la presenza di barriere – di natura regolamentare, tecnica o economica – tali da impedire o ritardare l'ingresso o lo sviluppo nel mercato di altri operatori concorrenti.

Vale la pena sottolineare che la posizione dominante su un determinato mercato può essere detenuta anche da più imprese congiuntamente: la disciplina *antitrust*, infatti, fa riferimento alla cosiddetta **dominanza collettiva**, ossia l'abuso realizzato da due o più imprese che – pur essendo tra loro indipendenti – risultano collegate da rapporti economici (non necessariamente sulla base di accordi o altri vincoli giuridici) tali da condurle ad una condotta di mercato comune e, pertanto, da essere percepite dai concorrenti e dai clienti come un'unica impresa in posizione dominante.

b) I comportamenti abusivi

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

Analogamente all'articolo 101 TFUE e all'articolo 2 della legge n. 287/1990, anche gli articoli 102 TFUE e 3 della legge n. 287/1990 contengono un **elenco esemplificativo di condotte che vengono considerate espressione dell'abuso di posizione dominante**.

Tali condotte, anche sulla base della prassi decisionale dell'AGCM e della Commissione Europea, possono essere distinte in (i) abusi di sfruttamento, e (ii) abusi escludenti.

Tra gli **abusi di sfruttamento** rientrano le condotte in cui l'impresa dominante sfrutta iniquamente il suo potere di mercato, a prescindere dall'impatto della condotta sulla struttura concorrenziale del mercato. Un esempio può essere l'imposizione di prezzi o altre condizioni di transazione ingiustificatamente gravose, consistenti nell'apposizione di prezzi troppo elevati. Tuttavia, stante la difficoltà di stabilire quando un prezzo sia talmente elevato da essere illecito, e, al contempo, per non comprimere libertà alle imprese nella fissazione dei prezzi, è stato sostenuto che affinché possa sussistere un abuso di posizione dominante, i prezzi, oltre che eccessivi, devono essere iniqui. Per determinare se un prezzo è eccessivo si procede ad una comparazione tra prezzi praticati e valore economico del bene determinato in base ai costi sostenuti dall'impresa. L'iniquità del prezzo, invece, sussiste se il prezzo eccede il valore economico del bene o del servizio reso, o rispetto a prodotti simili forniti da altri soggetti sullo stesso mercato, o dalla stessa impresa su tali mercati.

Nel caso **A498A – Enel/Prezzi servizi di dispacciamento area Brindisi** (2017), secondo l'AGCM, Enel e Sorgenia, approfittando dell'esistenza di vincoli della rete di trasmissione di energia elettrica nella zona di Brindisi, avrebbero fatto leva sulla posizione di controparte commerciale obbligatoria del gestore della rete Terna per imporre a quest'ultima prezzi eccessivi, che si riversavano immediatamente in bolletta attraverso un incremento del c.d. *uplift*, ovvero della voce che serve a remunerare i costi sostenuti dalla stessa Terna. L'Autorità ha chiuso il procedimento rendendo obbligatori gli impegni presentati da Enel e consistenti nell'imposizione di un limite massimo alla redditività del proprio impianto di produzione di energia elettrica di Brindisi Sud.

Nel caso **A390 – Enel Distribuzione / attivazione fornitura subordinata a pagamenti morosità pregresse** (2007), l'AGCM ha avviato un'istruttoria per accertare un potenziale abuso di posizione dominante posto in essere dalla società Enel Distribuzione attraverso un comportamento consistente nella richiesta di subordinare l'attivazione di una nuova fornitura di energia elettrica al pagamento della bolletta, rimasta insoluta, di un precedente contraente e riguardante la medesima utenza. Inoltre, sarebbe risultata abusiva anche condotta posta in essere dalla società consistente nella

richiesta al nuovo utente di dare prova della sua estraneità al pregresso rapporto rimasto inadempito. L'Autorità ha chiuso il procedimento rendendo però obbligatori gli impegni proposti da Enel Distribuzione. In particolare, in base a tali impegni, agli utenti che subentrano in una fornitura Enel cessata per morosità verrà richiesto unicamente il nome, il numero di cliente/utenza e il codice fiscale. Saranno inoltre previste procedure rapide di rimborso in caso di errori da parte degli operatori a contatto con il pubblico nella situazione di subentro su utenze caratterizzate da morosità pregresse.

Nel procedimento **A366 – Comportamenti restrittivi sulla borsa elettrica** (2006) l'AGCM ha avviato un'istruttoria al fine di accertare un abuso di posizione dominante asseritamente posto in essere da Enel nella fissazione dei prezzi alla borsa elettrica. In particolare, Enel avrebbe sfruttato il potere di fissazione del prezzo detenuto nel mercato geografico Macro-Sud al fine di: (i) tenere prezzi molto elevati; (ii) condizionare i flussi in importazione/esportazione da quell'area geografica verso quelle interconnesse confinanti, estendendo quindi la sua capacità di dettare i prezzi all'ingresso dell'energia anche in mercati geografici diversi e contigui. L'Autorità ha chiuso il procedimento rendendo obbligatori gli impegni attraverso cui Enel si obbligava a cedere un certo ammontare di capacità virtuale. In particolare, Enel si è resa disponibile a cedere 700 MW, previa verifica della sua capacità di esercitare unilateralmente il potere di determinazione dei prezzi sul mercato (c.d. *pivotalità*), sulla base delle condizioni strutturali della domanda e dell'offerta.

Gli **abusi escludenti** sono invece quei comportamenti suscettibili di pregiudicare l'ingresso, la permanenza o la capacità competitiva dei concorrenti dell'impresa dominante. Tra le condotte considerate espressione di abuso di posizione dominante da esclusione, rientrano in particolare:

- applicazione di **prezzi predatori**, vale a dire l'applicazione di prezzi inferiori al costo marginale effettivamente sostenuto dall'impresa per offrire determinati beni e/o servizi (vendita sottocosto) e che, dunque, generano perdite (perdite che possono però essere sostenute dalle imprese in posizione dominante, e solo da queste ultime, in virtù della considerevole dimensione economico/finanziaria che normalmente le caratterizza). I prezzi

predatori, sebbene possano determinare, nel breve periodo, condizioni più favorevoli per i consumatori finali (prezzi particolarmente bassi, appunto), comportano, nel lungo periodo, l'uscita dal mercato dei concorrenti dell'impresa dominante (i quali non possono replicare le politiche di prezzo di quest'ultima) e, dunque, la riduzione dell'offerta complessivamente disponibile sul mercato. In alcuni casi, l'applicazione di prezzi predatori è pura espressione dell'intento di profittare al massimo del monopolio nel proprio mercato. In altri casi, l'imposizione di prezzi predatori è funzionale al rafforzamento della posizione dominante in un mercato differente.

Nel caso **A267 – Diano/Tourist Ferry Boat-Caronte Shipping-Navigazione Generale Italiana** (2002), l'AGCM ha accertato un abuso posto in essere da un gruppo operante nell'attività di traghettiamento attraverso lo Stretto di Messina. In particolare, l'Autorità ha individuato la condotta abusiva nella determinazione di *"una politica tariffaria particolarmente aggressiva, consistente nell'applicazione sulla rotta Reggio Calabria-Messina di tariffe che non sono state sufficienti a coprire i costi incrementali sia di breve che di lungo periodo"*. L'AGCM ha poi rilevato che la politica tariffaria adottata è stata resa sostenibile grazie alla rendita di posizione di cui il gruppo beneficiava sulla rotta Villa S. Giovanni – Messina, in cui il margine operativo risultava essere assai elevato. Tale rotta, che rappresentava una quota pari al 90% del mercato, non era contendibile per la presenza di barriere, sia di carattere amministrativo, che infrastrutturale, che impedivano l'accesso di nuovi operatori. Infatti, da un lato, per operare su tale rotta, era necessaria una concessione demaniale marittima e di accosto che, dal momento di assegnazione, garantiva protezione di carattere amministrativo all'assegnatario per quattro anni e, dall'altro lato, la configurazione del porto di Villa S. Giovanni rappresentava una barriera di carattere infrastrutturale, non consentendo l'accesso di nuovi operatori. .

- **prezzi eccessivi e altre condizioni contrattuali eccessivamente gravose**, che consistono nell'**apposizione** di prezzi troppo elevati. Al fine di identificare quando i prezzi possono considerarsi troppo elevati si veda *supra*, con riferimento alle indicazioni e alla prassi relative agli abusi di sfruttamento.

- **pratiche leganti**, che si sostanziano in condotte molto diversificate, quali:
 - i) **la vendita abbinata o tying**, attraverso la quale i clienti che acquistano un prodotto (il prodotto principale, rispetto al quale l'impresa offerente è dominante) sono costretti ad acquistare anche un altro prodotto (il prodotto abbinato, su cui si intende estendere la posizione di dominanza). La necessità di acquistare anche il prodotto abbinato può derivare da ragioni tecniche (quando ad esempio il prodotto principale è concepito in modo da funzionare correttamente soltanto con il prodotto abbinato) o contrattuali (quando l'acquisto abbinato deriva da un obbligo giuridico sottoscritto dal cliente)
 - ii) **La vendita aggregata (bundling) pura o mista**, mediante la quale l'impresa in **posizione** dominante su uno o su alcuni dei prodotti di una stessa gamma può sfruttare tale posizione attraverso politiche di prezzo che rendano conveniente acquistare l'intera gamma cui quei prodotti appartengono, piuttosto che il singolo prodotto. In particolare, in caso di *bundling* puro i prodotti sono disponibili alla vendita solo in un pacchetto unico, in caso di *bundling* misto (definito anche sconto multi-prodotto), invece, i prodotti sono disponibili separatamente, ma la somma dei singoli prezzi di vendita è superiore al prezzo applicato al "pacchetto" (che li comprende entrambi);

Nel caso **A397 – Pace Strade / Toscana Gas** (2008), l'AGCM ha avviato un'istruttoria volta ad accertare se Toscana Energia, titolare in via esclusiva di concessioni per la gestione del servizio di distribuzione del gas nella regione Toscana, avesse posto in essere un abuso di posizione dominante impedendo o limitando la concorrenza nel mercato della progettazione e realizzazione dei lavori di ingegneria civile e industriale. In particolare, l'Autorità ha ipotizzato che la società avrebbe condizionato la prestazione del servizio di allacciamento tra reti private e rete pubblica preesistente – che costituisce attività svolta in regime di esclusiva – alla prestazione anche dei lavori di posa dei metanodotti su terreni privati, che è un'attività da svolgere in regime di concorrenza. In questo modo Toscana Energia avrebbe subordinato una prestazione, dovuta e indispensabile (l'allacciamento al fine di ottenere il servizio di distribuzione del gas, operato in regime di monopolio), all'acquisto da parte di soggetti privati di un'ulteriore prestazione, non richiesta, e che potrebbe essere acquisita sul libero mercato. L'Autorità ha chiuso il procedimento accettando e rendendo

vincolanti gli impegni presentati da Toscana Energia, fra i quali quello di dotarsi di un Regolamento per le Lottizzazioni, indicante le regole, procedure, termini, condizioni e costi di tutte le forniture di servizi in monopolio da parte di Toscana Energia in relazione al collegamento alla rete pubblica delle porzioni di rete nelle aree di nuova urbanizzazione.

Nel caso **A129 – Denunce Infocamere/Cerved** (1997), l'AGCM ha accertato un abuso di posizione dominante posto in essere da Infocamere nei mercati della raccolta, dell'archiviazione, della fornitura dell'accesso e della distribuzione delle informazioni delle Camere di Commercio, nonché nei mercati delle attività di informazione economico-commerciale, svolte sulla base della elaborazione dei dati forniti dalle stesse Camere di Commercio. In particolare, l'Autorità, tra le varie condotte, ha ritenuto abusiva l'imposizione di un obbligo contrattuale di acquisto in blocco dell'intera banca dati annuale dei bilanci, anche agli utenti che erano invece interessati ad acquistare solo uno o alcuni bilanci di imprese. Tale vincolo contrattuale, ha ritenuto l'AGCM, non trovava alcuna giustificazione né di carattere tecnico né economico "*in quanto le moderne tecnologie consentono di estrarre agevolmente e a costi contenuti parti della banca dati ottica*".

- iii) **La concessione di particolari sconti, bonus e l'applicazione di altre clausole aventi effetto fidelizzante della clientela.** La concessione di premi o di sconti fedeltà, segnatamente, è da considerarsi vietata se tali agevolazioni non sono commisurate alla quantità di prodotti venduti e la loro applicazione sia prevista per periodi medio-lunghi. Le agevolazioni applicate sono abusive se limitano, direttamente o indirettamente, la possibilità, per i clienti che ne beneficiano, di rivolgersi a fornitori concorrenti dell'impresa dominante. Rientrano nella categoria degli sconti fedeltà abusivi quelli praticati dall'impresa in posizione dominante ai propri clienti che ***si obblighino a rifornirsi esclusivamente da tale impresa*** o comunque non sotto una data percentuale degli acquisti compiuti¹¹. Sono del pari vietati gli ***sconti target*** praticati dall'impresa in

¹¹ Commissione europea, decisione del 13 maggio 2009, COMP/C-3 /37.990 - Intel.

posizione dominante a patto che il proprio cliente raggiunga nel periodo di riferimento un certo quantitativo di acquisti preventivamente pattuito. Allo stesso modo, sono vietati gli *sconti applicati retroattivamente* sull'intero volume di acquisti una volta raggiunto l'obiettivo di vendita, in quanto rendono meno conveniente per i clienti passare, per piccoli quantitativi di domanda, ad un fornitore alternativo, in quanto tale passaggio determina il mancato conseguimento degli sconti retroattivi. Il medesimo effetto fidelizzante si può realizzare anche attraverso clausole di altro genere, quali, ad esempio, la previsione di una clausola che ostacoli il recesso dal contratto attraverso l'imposizione di penali.

Nel caso **A333 – Enel Trade/Clienti idonei** (2003), l'AGCM ha accertato un abuso di posizione dominante posto in essere da Enel, per il tramite di Enel Energia, nel mercato nazionale della vendita di energia elettrica ai clienti idonei (finali, grossisti e consorzi). L'Autorità ha individuato l'abusività della condotta nella predisposizione e sottoscrizione di un contratto *standard* di fornitura di energia elettrica ai clienti e, in particolare, in alcune clausole recanti *"vincoli di esclusiva, divieti di acquisto da terzi e maggiorazioni di prezzo in caso di ricorso ad altre forme di approvvigionamento, nonché [...] bonus di fine anno ai clienti che rinnovassero il contratto anche per l'anno successivo"*. Per l'AGCM, le disposizioni del contratto standard *"erano idonee a costituire, da un lato, vincoli assoluti alla libertà di scelta dei clienti idonei di rifornirsi proprio da quelle fonti alternative considerate dalla società come maggiormente concorrenziali [...]; dall'altro, "facoltà" di acquisto da specifici canali [...], subordinate all'applicazione di maggiorazioni di prezzo, chiaramente rivolte a clienti idonei energivori o altri clienti di grandi dimensioni (grossisti o consorzi rappresentativi di importanti volumi)"*.

- **pratiche discriminatorie**, vale a dire l'applicazione, nei rapporti commerciali con diversi contraenti, di condizioni diverse per prestazioni equivalenti. Tali pratiche sono vietate se **non** sono sorrette e giustificate da ragioni di natura economica o tecnica, ma poste in essere con l'unico scopo di avvantaggiare determinate imprese (magari controllate o facenti capo allo stesso gruppo dell'impresa dominante) a scapito di altre.

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

- **rifiuto a contrarre**, consistente nel diniego, da parte dell'impresa in posizione dominante, di fornire ad un terzo concorrente beni o servizi (nella titolarità esclusiva dell'impresa dominante) necessari a tale terzo concorrente per lo svolgimento dell'attività su un mercato contiguo. Il rifiuto a contrarre, in particolare, viene considerato illecito solo quando: (i) il bene o servizio cui si rifiuta l'accesso sia indispensabile per competere in un mercato contiguo a quello in cui opera l'impresa che si trovi in posizione dominante e non sia replicabile (nel senso che non è possibile riprodurlo a costi sostenibili o reperirne uno simile sul mercato, si pensi, ad esempio, alla rete telefonica fissa), e (ii) il rifiuto non abbia una giustificazione oggettiva e sia idoneo ad eliminare la concorrenza nel mercato per operare nel quale, l'accesso al suddetto bene/servizio è essenziale. L'impresa in posizione dominante che sia in possesso di un'infrastruttura di cui *sub* (i), deve permettere l'accesso a tale infrastruttura a **condizioni eque e non discriminatorie**, ogni volta che tale accesso sia necessario, ad un'altra impresa, per lo svolgimento di attività in un mercato contiguo. Le condotte equivalenti al rifiuto a contrarre possono essere costituite, ad esempio, anche da: dare seguito alle richieste di accesso con ritardo o ostacolare del tutto tali richieste del tutto o subordinare l'accesso al bene/servizio essenziale a condizioni inique e/o discriminatorie.

Nel caso **A576 – CONAI-Gestione rifiuti da imballaggi in plastica** (2015), l'AGCM ha chiuso un'istruttoria senza accertare l'infrazione dopo aver reso gli impegni obbligatori nei confronti di CONAI, avendo contestato al Consorzio di aver posto in essere barriere ingiustificate all'ingresso del Sistema P.A.R.I. nel mercato dell'organizzazione dell'avvio al riciclo dei rifiuti da imballaggi in plastica speciali, mediante la frapposizione di ostacoli al suo riconoscimento e alla sua operatività nel mercato.

Nel caso **A536 – Regione toscana/gara per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale** (2022), l'AGCM ha avviato un'istruttoria nei confronti dei gestori uscenti del servizio del trasporto pubblico locale su gomma della Regione Toscana, consorziati in ONE Scarl per abuso di posizione dominante. L'Autorità ha rilevato come il consorzio abbia adottato una complessa strategia abusiva per ostacolare il subentro del nuovo gestore Autolinee Toscane S.p.A. attraverso il rifiuto a trasmettere informazioni e dati indispensabili per la stipula dei contratti di cessione dei beni essenziali (immobili, autobus e varie tipologie di beni mobili) e la mancata sottoscrizione degli stessi atti di trasferimento dei beni a favore del nuovo gestore. Tale condotta avrebbe dunque consentito a ONE Scarl di continuare a offrire il servizio ben oltre i termini stabiliti dalla Regione Toscana per il subentro da parte del nuovo gestore, per un periodo complessivo di 22 mesi.

Nel caso **A531 – Riciclo imballaggi primari/condotte abusive Corepla** (2020), l'AGCM ha accertato l'esistenza di un abuso di posizione dominante posto in essere da Corepla (consorzio di filiera della plastica) nel mercato italiano dei servizi di avvio a riciclo e recupero degli imballaggi plastici in pet ad uso alimentare (bottiglie di plastica per acqua e bibite), che vengono offerti ai produttori chiamati a ottemperare agli obblighi ambientali. Secondo l'AGCM, Corepla avrebbe attuato un'articolata strategia volta ad ostacolare l'operatività di Coripet (consorzio costituito quale sistema autonomo dai produttori di bottiglie in plastica per liquidi alimentari in precedenza aderenti a Corepla), impedendo a quest'ultimo di accedere alla gestione di quella parte dei rifiuti plastici (i.e. contenitori pet) attribuibili all'immesso al consumo dei consorziati della stessa Coripet; in

particolare la condotta del consorzio Corepla volta ad impedire a Coripet l'ingresso nel mercato si sostanziava: (i) nell'ostacolare il raggiungimento di un accordo tra Coripet e Anci (Associazione Nazionale dei Comuni Italiani), nonché (ii) nel rifiutarsi di stipulare con Coripet un accordo transitorio resosi necessario per l'impossibilità di stipulare un accordo diretto con l'Anici. All'esito del procedimento, l'AGCM ha accertato la sussistenza di un abuso di tipo escludente da parte di Corepla volto ad impedire o comunque ritardare l'accesso al mercato di Coripet al fine di consolidare la propria posizione di monopolio ed ha, pertanto, irrogato a Corepla una sanzione pecuniaria di oltre 27 milioni di euro.

Nel caso **A428 – Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia** (2013), l'AGCM ha accertato un abuso di posizione dominante posto in essere da Telecom Italia, l'operatore *incumbent* nella fornitura dei servizi di accesso e telefonia vocale e di accesso ad internet a banda larga e che dispone anche delle infrastrutture indispensabili all'erogazione dei medesimi servizi. In particolare, l'Autorità ha accertato che Telecom, abusando della titolarità delle infrastrutture di rete, avrebbe ostacolato l'espansione dei concorrenti nei mercati a valle dei servizi di telefonia vocale e dell'accesso ad internet a banda larga. Tale abuso si sarebbe sostanziato, in particolare, nell'opposizione ai concorrenti di un numero ingiustificatamente elevato di rifiuti di attivazione dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete.

5. Abuso di dipendenza economica

L'articolo 9 della legge n. 192 del 18 giugno 1998 recante "*Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*" vieta il c.d. abuso di dipendenza economica da parte di una o più imprese nei confronti di una impresa cliente o fornitrice.

Ricorre una **situazione di dipendenza economica** quando un'impresa è in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi. A tal proposito, si tiene anche conto della reale possibilità, per la parte che ha subito l'abuso, di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

Tale fattispecie presenta dei tratti comuni a quella di abuso di posizione dominante, ma si distingue in ragione del fatto che la situazione di potenza economica dell'impresa in posizione dominante è

significativamente maggiore (e dunque potenzialmente più lesiva del gioco concorrenziale), tanto da consentire alla stessa di agire in modo sostanzialmente indipendente rispetto ai propri concorrenti, ai suoi clienti e in ultima analisi rispetto ai consumatori.

Il concetto di dipendenza economica, invece, si innesta sul potere di mercato e sulla forza contrattuale vantati da un'impresa nei confronti di un operatore attivo ad un diverso livello della catena di produzione o distribuzione, non risultando pertanto necessario l'accertamento di una posizione dominante in capo all'impresa responsabile della condotta abusiva.

Recentemente, la disciplina in materia di abuso di dipendenza economica è stata oggetto di rinnovato interesse. In particolare, l'Autorità – come sarà riportato di seguito – ne ha fatta frequente applicazione negli ultimi anni, e con la legge n. 118 del 2022, recante “*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*”, il legislatore ne ha rafforzato e ampliato la portata, anche in considerazione dell'esigenza di adeguare la normativa preesistente alle caratteristiche dell'attività di intermediazione delle grandi piattaforme digitali¹².

a) *Condotte in cui si può concretizzare l'abuso di dipendenza economica*

Esempi di condotte vietate perché potenzialmente costituenti abuso di dipendenza economica sono:

- a. **rifiutarsi di vendere** alla controparte o di comprare dalla controparte;
- b. **imporre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie** alla controparte;

Nel caso *A547 - Condotte di wind tre a danno dei rivenditori (2022)*, con provvedimento del 4 novembre 2021, l'AGCM ha avviato un'istruttoria per possibile abuso di dipendenza economica nei confronti della società Wind Tre S.p.A. ("**Wind3**") in relazione a condotte poste in essere nei confronti della propria rete di rivenditori monomarca. Nello specifico, l'Autorità ha riscontrato la sussistenza di insieme di vincoli contrattuali che,

¹² In particolare, ai fini dell'individuazione dello stato di dipendenza economica nel quale una data impresa può venire a trovarsi, la norma ora prevede una **presunzione relativa** di dipendenza economica per le imprese che utilizzano i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale, qualora quest'ultima abbia un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete e/o di disponibilità dei dati. In tali casi, dunque, la situazione di dipendenza economica è ritenuta sussistente, salvo prova contraria.

complessivamente considerati, potevano risultare economicamente insostenibili per il rivenditore monomarca, determinando un illecito squilibrio contrattuale tra le parti, soprattutto con riferimento al flusso di entrate e uscite tra il rivenditore e il gestore telefonico. Tali vincoli, secondo l'istruttoria svolta dall'AGCM, si inserivano in un contesto contrattuale di sostanziale obbligo di esclusiva dei rivenditori monomarca nei confronti di Wind3, caratterizzato dalla presenza di una clausola di non concorrenza e di stringenti obblighi sulla tipologia di arredi e del materiale che il rivenditore poteva usare nei propri locali. A fronte dell'avvio del procedimento, Wind3 ha formulato una proposta di impegni finalizzati, inter alia, ad assicurare in costanza e in condizioni normali di mercato (i) un flusso di entrate e uscite sostenibile per il rivenditore, sia in relazione agli obblighi finanziari di natura fiscale che in relazione al pagamento delle partite a debito nei confronti del gestore telefonico, nonché (ii) la continuazione di un flusso anche in entrata nella prospettiva di consentire al rivenditore di attivare una diversa attività economica in caso di cessazione del rapporto contrattuale con Wind3. Tali impegni sono stati ritenuti dall'Autorità idonei a superare le criticità concorrenziali oggetto dell'istruttoria.

- c. **interrompere arbitrariamente le relazioni commerciali in atto** con la controparte, quando quest'ultima sia in una posizione di dipendenza economica.

Nel caso *A559 - META/SIAE* (2023), con provvedimento n. 30570 del 4 aprile 2023, l'AGCM ha avviato un'istruttoria (ancora pendente) nei confronti di Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Limited, Meta Platforms Technologies UK Limited e Facebook Italy S.r.l. ("**Meta**") per accertare un presunto abuso di dipendenza economica nella negoziazione con Siae della stipula della licenza d'uso, sulle proprie piattaforme, dei diritti musicali. In particolare, secondo l'Autorità, Meta potrebbe avere abusato dello squilibrio contrattuale di cui beneficia chiedendo a Siae di accettare un'offerta economica inadeguata in seguito alla scadenza del precedente contratto, senza però fornire le opportune informazioni per valutarne l'effettiva congruità e svolgere le negoziazioni nel pieno rispetto

del principio di trasparenza ed equità. A seguito dell'interruzione delle trattative, Meta avrebbe eliminato dalle piattaforme social i contenuti musicali tutelati da Siae in modo che non fossero più fruibili dagli utenti. A fronte di tale interruzione, l'AGCM ha precisato che la condotta di Meta potrebbe non solo comprimere significativamente la capacità competitiva di Siae sui mercati interessati, ma anche impedire agli autori che rappresenta (attivi anche in Italia) di raggiungere la categoria di utenti che fruisce delle piattaforme social. Tale comportamento, inoltre, potrebbe avere ripercussioni sugli autori rappresentati da altre società, contitolari dei diritti insieme ad autori tutelati da Siae, e sulla remunerazione dei diritti connessi dei produttori di opere musicali e di tutte le altre posizioni giuridiche tutelate nell'ambito della legge sul diritto d'autore. In ultimo, queste pratiche (asseritamente) abusive, potrebbero – nella ricostruzione dell'AGCM – avere l'effetto di limitare in modo considerevole la possibilità di scelta dei consumatori che verrebbero in tal modo privati della possibilità di fruire delle opere tutelate da Siae, componente importante dell'offerta musicale italiana e internazionale.

Per completezza si segnala che, con la recente novella normativa¹³, è stato inoltre inserito un elenco non esaustivo di condotte che, ove siano poste in essere da piattaforme digitali, possono essere considerate abusive.

Al riguardo, si evidenzia che gli atti considerati espressione di un abuso di dipendenza economica vengono considerati nulli e la parte lesa potrà ricorrere al giudice ordinario per richiedere l'eventuale risarcimento del danno ingiustamente patito.

6. Il Regime sanzionatorio

Come delineato nelle *“Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità in applicazione dell’articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90”*, l’Autorità, una volta accertata un’infrazione degli articoli 2 (intese restrittive), 3 (abuso di posizione dominante) e 3-bis (abuso di dipendenza economica) della

¹³ Art. 33 della legge 5 agosto 2022, n. 118.

legge n. 287/90 o degli articoli 101 e 102 TFUE, tenuto conto della gravità e della durata della stessa, dispone “*l’applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell’ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida*”, ai sensi dell’articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90.

Inoltre, l’articolo 31 della medesima legge stabilisce che per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione delle norme in materia di concorrenza “*si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689*”.

In particolare, l’articolo 11 della legge n. 689/81 prevede che nel determinare l’importo della sanzione “*si ha riguardo alla gravità della violazione, all’opera svolta dall’agente per l’eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche*”.

Nell’esercizio del suo potere sanzionatorio, l’Autorità dispone di un ampio margine di discrezionalità, seppur nei limiti di quanto previsto dalle richiamate norme. In particolare, la sanzione non deve superare il 10% del fatturato totale realizzato a livello mondiale da ciascuna impresa o ente nell’ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida. Nel rispetto di tali vincoli, ai fini di un’effettiva deterrenza, l’entità della sanzione irrogata non deve eccedere quanto necessario per indurre le imprese a conformarsi alle norme antitrust.

La politica sanzionatoria dell’Autorità è volta sia a punire coloro che abbiano posto in essere condotte illecite e a scongiurare la reiterazione delle stesse, sia a dissuadere le altre imprese dal porre in essere comportamenti vietati. Segnatamente, nell’esercizio del proprio potere sanzionatorio, l’Autorità persegue il seguente duplice obiettivo:

- a) deterrenza specifica nei confronti delle imprese o delle associazioni di imprese che si sono rese responsabili di una violazione delle norme in materia di intese e di abuso di posizione dominante (c.d. effetto dissuasivo specifico); e
- b) deterrenza generale nei confronti degli altri operatori economici dall’assumere o continuare condotte contrarie alle norme di concorrenza (c.d. effetto dissuasivo generale).

Ulteriori criteri di qualificazione della gravità, di cui l’Autorità terrà conto ai fini della scelta della percentuale da applicare, sono: *i*) le condizioni di concorrenza nel mercato interessato (quali, ad esempio, il livello di concentrazione, l’esistenza di barriere all’entrata); *ii*) la natura dei prodotti o servizi, con particolare riferimento al pregiudizio all’innovazione; *iii*) l’attuazione o meno della pratica illecita; *iv*) la rilevanza dell’effettivo impatto economico o, più in generale, degli effetti

pregiudizievoli sul mercato e/o sui consumatori, qualora l'Autorità disponga di elementi che consentano una stima attendibile degli stessi.

7. Le operazioni di concentrazioni tra imprese

Il Regolamento CE n. 139/2004¹⁴, nonché gli articoli 5 e 16 della legge n. 287/1990 disciplinano il controllo delle concentrazioni.

Con il termine "concentrazione" s'intende, da un punto di vista *antitrust*, ogni operazione tra imprese indipendenti, che determini una modifica strutturale e duratura di tali imprese, e comporti, segnatamente, l'esercizio di poteri di controllo da parte di una sull'altra. Tale situazione si verifica, ad esempio, quando un'impresa acquista l'intero capitale di un'altra, oppure una partecipazione di minoranza (che, unitamente alle previsioni di *governance*, sia idonea a conferire controllo sulle decisioni strategiche dell'altra) o, ancora, con l'acquisto di un ramo d'azienda. Il controllo di un'impresa sull'altra, inoltre, può derivare anche da una situazione di fatto e, in particolare, da un rapporto contrattuale (*e.g.* contratto di fornitura, contratto di affitto di ramo di azienda, o contratto di *franchising* ecc.) quando tale contratto, in concreto, ponga stabilmente (*i.e.* per un apprezzabile periodo di tempo) un'impresa in una situazione di dipendenza nei confronti di un'altra.

Laddove una concentrazione coinvolga imprese di dimensioni particolarmente rilevanti, non può escludersi che essa possa incidere sulle dinamiche competitive del mercato.

Per tale ragione, tanto a livello nazionale, quanto a livello europeo, è previsto un sistema di comunicazione preventiva delle concentrazioni alle autorità di concorrenza (per consentire alle autorità stesse di analizzare l'impatto delle concentrazioni sul mercato, prima che queste ultime divengano effettivamente e pienamente operative) **laddove i fatturati delle imprese coinvolte siano superiori ad alcune soglie predeterminate.**

7.1 Operazioni di concentrazione soggette ad obbligo di notifica in Italia

A livello nazionale, affinché sussista un obbligo di notifica all'AGCM:

- a) **il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate deve essere superiore a 567 milioni di euro,**

e

¹⁴ Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, "*Regolamento comunitario sulle concentrazioni*".

- b) il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'impresa di cui è prevista l'acquisizione (c.d. *target*), deve essere superiore a 35 milioni di euro.¹⁵

7.2 Operazioni di concentrazione sotto-soglia

Qualora i requisiti sopra evidenziati non siano cumulativamente soddisfatti (c.d. "**concentrazioni sotto-soglia**"), ma sia superata almeno una delle due soglie di fatturato *sub a*) e *b*) *supra*, ovvero nel caso in cui le imprese interessate realizzino un fatturato totale a livello mondiale superiore a 5 miliardi di euro (senza che, tuttavia, ricorra un obbligo di notifica alla Commissione europea – si veda *infra*), è possibile che l'AGCM richieda alle imprese interessate di notificare la concentrazione.

Tale circostanza può verificarsi ove l'Autorità:

- (i) l'Autorità ravvisi, sulla base degli elementi in suo possesso, un ***fumus di concreti rischi concorrenziali*** 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; e
- (ii) non siano trascorsi più di sei mesi dal perfezionamento dell'operazione¹⁶.

In caso di concentrazioni sotto-soglia, l'AGCM ha altresì previsto che le imprese interessate – ove ritengano probabile una revisione *ex-officio* della propria concentrazione – possono effettuare una notifica volontaria dell'operazione, prima di procedere all'implementazione della stessa¹⁷.

7.3 Operazioni di concentrazione soggette a notifica comunitaria

Affinché, invece, sussista un obbligo di notifica alla Commissione europea¹⁸:

¹⁵ Tali soglie sono aggiornate con cadenza annuale. Si veda, da ultimo, AGCM, provvedimento del 5 marzo 2024, n. 31088.

¹⁶ Art. 16 co. 1-bis l. 287/1990, come modificato dalla legge 118/2022 (c.d. "*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*") e Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 16, comma 1-bis, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 del 12 marzo 2024, adottata con delibera del 27 febbraio 2024, provvedimento n. 31090.

¹⁷ AGCM, Delibera 13 dicembre 2022, n. 30407 – *Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 16, comma 1-bis, della legge 10 ottobre 1990, n. 287*, pubblicata nel Bollettino AGCM n. 46 del 27 dicembre 2022.

¹⁸ Art. 1, Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, "*Regolamento comunitario sulle concentrazioni*".

- a) **il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate deve essere superiore a 5 miliardi di euro; e**
- b) **il fatturato totale realizzato singolarmente nella UE da almeno due delle imprese interessate è superiore a 250 milioni di euro, a meno che ciascuna di tali imprese realizzi più di due terzi del proprio fatturato totale nell'UE all'interno di un unico e medesimo Paese dell'UE¹⁹.**

7.4 *Comunicazione delle concentrazioni, istruttoria e sanzioni*

Nel caso in cui le soglie sopraindicate siano raggiunte, la concentrazione deve essere preventivamente notificata all'autorità competente prima del suo perfezionamento giuridico e, quindi, prima che diventi effettiva sul mercato (c.d. *closing*), a pena di sanzione amministrativa pecuniaria (fino al 10% del fatturato dell'impresa inottemperante).

A seguito della notifica, l'Autorità competente avvia **una fase pre-istruttoria** (c.d. fase 1) che dura (i) 30 giorni davanti all'AGCM e (ii) 25 giorni lavorativi davanti alla Commissione europea, prorogabili di ulteriori 10 giorni lavorativi), all'esito della quale:

- a) la concentrazione **può essere autorizzata** in quanto considerata insuscettibile di ostacolare in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato, determinando il pericolo della costituzione o del rafforzamento di una posizione di dominanza sul mercato;
- b) si può avviare **una fase istruttoria** (c.d. fase 2) per un'analisi più approfondita (che dura 90 giorni sia davanti all'AGCM²⁰ che davanti alla Commissione europea).

A conclusione della fase istruttoria, la concentrazione potrà:

- a) **essere autorizzata** (e dichiarata compatibile con il mercato e le sue dinamiche competitive);

¹⁹ Se le soglie sopra riportate non sono raggiunte, si tratta comunque di una concentrazione di dimensione comunitaria nel caso in cui: il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 2,5 miliardi di EUR; in ciascuno di almeno tre paesi dell'UE, il fatturato totale realizzato da tutte le imprese interessate è superiore a 100 milioni di EUR; in ciascuno di almeno tre paesi dell'UE, il fatturato totale realizzato singolarmente da almeno due delle imprese interessate è superiore a 25 milioni di EUR; il fatturato totale realizzato singolarmente nell'UE da almeno due delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di EUR, a meno che ciascuna delle imprese di cui sopra realizzi più di due terzi del proprio fatturato totale nell'UE all'interno di un unico e medesimo paese dell'UE.

²⁰ La durata della fase istruttoria dell'AGCM è stata estesa da 45 a 90 giorni dalla legge n. 214 del 30 dicembre 2023 (c.d. "Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2022").

- b) **essere autorizzata a condizione che le imprese interessate adottino dei rimedi** idonei ad eliminare, o comunque ridurre entro limiti considerati tollerabili, gli effetti anticoncorrenziali che dell'operazione possono derivare²¹;
- c) **essere vietata**, in quanto idonea ad ostacolare in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato in particolare a causa della costituzione o del rafforzamento di una posizione dominante.

8. I poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e della Commissione Europea in materia di concorrenza

La Commissione e l'AGCM dispongono di ampi poteri di indagine in ordine ai comportamenti delle imprese sospetti di violare la normativa posta a tutela della concorrenza e correlati poteri decisori volti a porre fine al comportamento anticoncorrenziale.

8.1 *Poteri di indagine*

a) *Richieste di informazioni o di esibizione di documenti*

Alle imprese può essere richiesto di fornire informazioni su determinati fatti o circostanze, e di esibire documenti. Occorre prestare particolare attenzione alle richieste di informazioni soprattutto formali in quanto, in caso di mancata risposta ovvero di risposta tardiva e/o incompleta e/o non veritiera, sono previste sanzioni amministrative pecuniarie.

In particolare, ai sensi della normativa nazionale, (i) il rifiuto ingiustificato da parte dei soggetti richiesti di fornire informazioni/documenti è punito con sanzioni amministrative pecuniarie fino a circa 26.000 euro; mentre (ii) la produzione di informazioni/documenti non veritieri è punita con sanzioni amministrative pecuniarie fino all'1% del fatturato totale realizzato a livello mondiale²².

²¹ Il mancato rispetto dei rimedi che le parti si sono impegnate a rispettare o delle condizioni imposte dall'Autorità Antitrust incide sull'autorizzazione dell'operazione la quale può essere revocata in ogni momento, esponendo le imprese inadempienti al rischio di eventuali misure di de-concentrazione oltre che a sanzioni amministrative pecuniarie.

²² Art. 14, co. 5, legge n. 287/1990.

Ai sensi della normativa comunitaria, invece, i medesimi comportamenti possono essere puniti con un'ammenda pari all'1% del fatturato realizzato nell'esercizio sociale precedente la commissione dell'infrazione²³.

Si noti che non costituisce giustificato motivo di rifiuto o di omissione l'opposizione di:

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

b) Ispezioni

La Commissione e l'AGCM hanno il potere di effettuare accertamenti ispettivi presso le sedi delle imprese, nel caso dell'Autorità italiana, anche avvalendosi dell'assistenza della Guardia di Finanza. Di regola, si tratta di accertamenti effettuati "a sorpresa", volti a prendere visione diretta ed estrarre copia dei documenti aziendali rilevanti per un procedimento in corso.

In queste ipotesi, l'Autorità procedente esibisce il provvedimento amministrativo con cui è stato deliberato l'avvio del procedimento istruttorio e dal quale, quindi, risultano i presunti comportamenti illeciti contestati e, pertanto, l'oggetto e lo scopo dell'ispezione.

È chiaro, quindi, che, in caso di ispezione, è assolutamente consigliato esaminare questo provvedimento e contattare immediatamente l'ufficio legale o il legale esterno responsabile al fine di assistere i funzionari ispettori nel corso dell'ispezione stessa. L'analisi del provvedimento, infatti, è funzionale a comprendere quali documenti siano rilevanti ai fini dell'ispezione e quali non lo siano.

Possono formare oggetto di controllo **i libri e i documenti amministrativi e contabili, ma anche documenti non ufficiali**, interni e informali, a prescindere dalla posizione aziendale ricoperta dall'autore degli stessi (es. corrispondenza, appunti, manoscritti, agende). Chiaramente, sono oggetto di controllo i documenti conservati su supporti ottici e/o informatici e i sistemi di posta elettronica.

²³ Art. 23, Regolamento (CE) N. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato.

Le ispezioni possono essere svolte in **tutti i locali e i terreni dell'impresa**, ivi inclusi mezzi di trasporto utilizzati per svolgere le attività aziendali. In proposito, è utile considerare che mentre storicamente l'AGCM poteva effettuare ispezioni solo presso la sede della impresa, la Commissione, previa autorizzazione del giudice, aveva già la possibilità di effettuare ispezioni anche presso il luogo di residenza o il domicilio privato di amministratori, direttori o dipendenti, qualora vi siano ragionevoli sospetti che libri o documenti aziendali rilevanti per il procedimento siano ivi conservati. Nel 2021 è stata estesa anche all'AGCM la possibilità di effettuare le ispezioni, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, presso **l'abitazione di dirigenti, amministratori e altri membri del personale delle imprese o associazioni di imprese** nel caso in cui vi siano motivi ragionevoli per sospettare la presenza di libri o altri documenti connessi all'azienda o comunque all'oggetto dell'ispezione²⁴.

Chiaramente, in tali ipotesi, gli ispettori non possono comunque avere accesso a oggetti né estrarre copia di documenti strettamente attinenti alla sfera personale dell'individuo.

Nel corso dell'ispezione, i funzionari incaricati possono richiedere a titolari e dipendenti dell'impresa che vengano loro fornite **informazioni e spiegazioni**, non solo in merito alla documentazione trovata, ma più in generale in merito all'oggetto dell'indagine svolta. In caso di risposte inesatte o non veritiere o di rifiuto di esibizione dei documenti verranno comminate sanzioni amministrative pecuniarie²⁵.

Alla luce di quanto precede, qualora la Commissione o l'AGCM conducano accertamenti ispettivi, se, da un lato, è importante che i dirigenti e tutto il personale offrano la più ampia disponibilità e leale collaborazione; allo stesso tempo, è essenziale prestare attenzione alle dichiarazioni rese, giacché queste sono oggetto di verbalizzazione. Pertanto, dal momento che occorre rispondere alle domande dei funzionari in maniera chiara ed esaustiva, laddove ciò non fosse possibile è opportuno riservarsi di fornire una risposta per iscritto in un secondo momento oppure verificare le dichiarazioni rese e chiedere ai funzionari ogni chiarimento si ritenga necessario.

²⁴ Cfr. art. 14, co. 2-quinquies e co. 2-sexies, l. 287/1990. La novella è stata disposta dal D. Lgs. 185/2021 in sede di recepimento della Direttiva 1/2019 (c.d. **Direttiva ECN+**).

²⁵ Art. 14, co. 5, legge n. 287/1990.

8.2 I poteri decisori

Al termine di un procedimento istruttorio volto ad accertare un'infrazione del diritto antitrust, l'autorità di concorrenza adotta nei confronti delle imprese coinvolte una decisione motivata che può essere di tre tipi:

- a) accertamento di non violazione e compatibilità con il diritto della concorrenza;
- b) accertamento di una violazione e inibitoria nei confronti dell'impresa ritenuta responsabile;
- c) accertamento della violazione, inibitoria nei confronti dell'impresa ritenuta responsabile e contestuale irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie.

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

Nella seconda ipotesi, al termine dell'istruttoria viene accertata un'infrazione *antitrust* e l'Autorità intima alle imprese di porre fine alla violazione, assegnando un termine congruo entro il quale adempiere, pena l'adozione di un provvedimento sanzionatorio.

Nella terza ed ultima ipotesi, riferibile a condotte ritenute gravemente lesive della concorrenza, l'Autorità, oltre a diffidare le imprese dal prosieguo dell'infrazione, dispone del potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie, fissando i termini entro cui le imprese devono procedere al relativo pagamento. Come anticipato *supra* (cfr. Sez. 6), per ciascuna impresa o associazione di imprese partecipante all'infrazione, la sanzione pecuniaria può arrivare fino al 10% del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente²⁶.

Ai fini della quantificazione delle sanzioni per condotte in violazione del divieto di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante, la Commissione e l'AGCM hanno emanato specifiche Linee guida che ne illustrano i principali criteri. Tra questi figurano – oltre alla durata ed alla gravità dell'infrazione – una serie di circostanze aggravanti ed attenuanti e, tra queste ultime, con esclusivo riguardo all'AGCM, l'adozione di un programma di *compliance* (in cui il presente Manuale si inserisce) avente specifiche caratteristiche volte ad assicurarne l'efficacia.

²⁶ Art. 23, Regolamento (CE) N. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato; art. 15, legge n. 287/1990.

In ogni caso sia il provvedimento sanzionatorio adottato dall'Autorità o dalla Commissione può essere impugnato dalle imprese destinatarie dinanzi, rispettivamente, al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio²⁷ e al Tribunale dell'UE.

Da ultimo, occorre considerare che sia la Commissione sia l'AGCM hanno il potere di adottare, anche d'ufficio, specifiche misure cautelari qualora – in seguito ad un sommario esame del contesto fattuale – ritengano probabile la sussistenza di una infrazione degli articoli 101 e 102 del TFUE o degli articoli 2 o 3 della legge n. 287/1990. Il presupposto per l'esercizio di questo potere è quindi l'urgenza, ovvero il rischio che la condotta potenzialmente anticoncorrenziale alla quale la misura cautelare deve essere applicata crei un danno grave ed irreparabile per la concorrenza.

In ogni caso tale potere può essere esercitato solo una volta, vale a dire che le misure cautelari adottate, una volta scadute o revocate, non possono in alcun modo essere rinnovate o prorogate.

Anche il mancato rispetto di una decisione che dispone misure cautelari espone a sanzioni amministrative pecuniarie non eccedenti il 10% del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente, nel caso di decisione della Commissione²⁸ e il 3% del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente, nel caso di decisione dell'AGCM²⁹.

Dall'accertamento di una violazione dei divieti di intese restrittive e di abuso di posizione dominante possono derivare non soltanto le già citate sanzioni pecuniarie, ma anche ulteriori conseguenze, quali:

- a) danni reputazionali e d'immagine per la società ritenuta responsabile, data la risonanza mediatica che solitamente accompagna le decisioni *antitrust*;
- b) maggiore esposizione ad azioni di risarcimento dei danni (azioni eventualmente proposte da concorrenti e consumatori dinanzi al giudice ordinario), in virtù del fatto che la decisione dell'autorità di concorrenza che accerta la sussistenza di una violazione costituisce piena prova della sussistenza di un fatto illecito anche dinanzi al giudice ordinario.

²⁷ Artt. 133 e 134, Decreto Legislativo del 2 luglio 2010, n. 104, *Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo* – c.d. *Codice del processo amministrativo*.

²⁸ Art. 23, par. 2, Regolamento (CE) N. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato.

²⁹ Art. 14-bis, co. 3, legge n. 287/1990.

a) *Le decisioni con impegni*

L'Autorità può, a certe condizioni, decidere di chiudere un'istruttoria senza accertamento dell'infrazione ma con una decisione di accettazione di misure correttive (c.d. impegni), come previsto dall'articolo 14-ter della legge n. 287/1990.

Tale strumento procedurale prevede che **“Entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge o degli articoli 101 o 102 del Trattato, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione”**.

Tale istituto risponde ad un duplice interesse: per l'Autorità, rappresenta un risparmio in termini di tempi e risorse necessari per lo svolgimento dell'attività istruttoria, e alle imprese, consente di ricevere un provvedimento che non accerta l'infrazione e, dunque, la loro responsabilità, evitando così le conseguenze negative ad essa connesse.

Va sottolineato, tuttavia, che tale istituto non trova applicazione qualora il procedimento abbia ad oggetto le violazioni cosiddette *hard-core*, ossia quei comportamenti restrittivi o lesivi della concorrenza considerati talmente gravi da far ritenere necessario l'accertamento dell'infrazione e la conseguente irrogazione della sanzione (e.g., intese volte a fissare i prezzi o a ripartire mercato, clienti, fonti di approvvigionamento o sbocchi commerciali).

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

Qualora, all'esito del procedimento descritto, gli impegni vengano ritenuti idonei a rimuovere le criticità concorrenziali sollevate in sede di avvio del procedimento istruttorio, l'Autorità può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e, quindi, chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione e senza applicare alcuna sanzione.

In caso di mancato rispetto degli impegni resi obbligatori, l'AGCM può riaprire il procedimento e irrogare all'impresa inadempiente una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10% del fatturato³⁰.

In termini di prassi applicativa, è opportuno evidenziare che l'AGCM ha adottato decisioni con impegni prevalentemente con riguardo a procedimenti avviati per accertare fattispecie riconducibili a intese verticali o abusi di posizione dominante, dal momento che le ipotesi di intese orizzontali spesso coincidono con quelle c.d. *hard core* cui l'istituto degli impegni, come detto, non trova applicazione.

b) Il programma di clemenza

È inoltre previsto uno specifico strumento di "collaborazione" tra imprese che hanno violato la disciplina della concorrenza, da un lato, e AGCM e Commissione europea, dall'altro.

Attraverso il programma di clemenza (detto anche *leniency program*), infatti, le imprese che decidano di "autodenunciarsi", segnalando l'esistenza di un'infrazione antitrust e fornendo alle autorità di concorrenza elementi che consentano di accertare detta infrazione, possono beneficiare dell'immunità totale o della riduzione della sanzione pecuniaria prevista, fino al 50% (l'entità della riduzione della sanzione dipende dalla tempistica con cui l'istanza di *leniency* è stata presentata e dalla qualità probatoria degli elementi fattuali prodotti)³¹.

Più precisamente, l'articolo 15, comma 2 *bis*, della legge n. 287/1990 prevede che “L'Autorità, in conformità all'ordinamento comunitario, definisce con proprio provvedimento generale i casi in cui, in virtù della **qualificata collaborazione** prestata dalle imprese **nell'accertamento di infrazioni** alle regole di concorrenza, la **sanzione** amministrativa pecuniaria può essere **non applicata** ovvero **ridotta** nelle fattispecie previste dal diritto comunitario”.

³⁰ Art. 19, co. 3, legge n. 287/1990.

³¹ Decreto-legge del 4 luglio 2006, n. 223, *Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 153 del 4 luglio 2006.

L'AGCM, con un'apposita comunicazione³², ha peraltro fissato le condizioni per l'accesso al programma di clemenza (cosiddetta domanda di trattamento favorevole) ed elaborato dettagliate modalità di presentazione, da parte delle imprese interessate, della relativa richiesta.

c) *La procedura di transazione*

Nel corso dell'istruttoria, l'AGCM può altresì fissare un termine entro il quale le imprese interessate possono manifestare il proprio interesse a partecipare ad interlocuzioni in vista dell'eventuale presentazione di proposte di transazione ai sensi dell'art. 14-*quater* della l. 287/1990³³.

L'Autorità, in tale circostanza, può anche decidere di informare le parti relativamente agli addebiti che intende muovere nei loro confronti, agli elementi probatori a sua disposizione, nonché la forcella delle potenziali sanzioni. Qualora la procedura di transazione si concluda con esito positivo, la sanzione applicata sarà ridotta in misura pari al 20% (10% nel caso in cui l'illecito contestato sia la partecipazione ad un cartello segreto)³⁴.

9. La nozione di aiuto di Stato

L'art. 107, par. 1, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), definisce gli aiuti di Stato come “*aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsano o minacciano di falsare la concorrenza, nella misura in cui incidono sugli scambi tra gli Stati membri*”.

Ai sensi del TFUE e sulla base della giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia dell'Unione europea, salvo deroghe contemplate dallo stesso TFUE, gli aiuti di Stato sono incompatibili con il mercato interno. La nozione di aiuto ha una vasta portata oggettiva, basandosi sul vantaggio economico recato al beneficiario, a prescindere dallo scopo perseguito, seppur di interesse generale

³² 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 del 31 gennaio 2013, n. 24219, in Bollettino n. 11 del 25 marzo 2013, e dalla Delibera del 31 luglio 2013, n. 24506, in Bollettino n. 35 del 9 settembre 2013.

³³ Articolo introdotto dalla legge 118/2022 (c.d. “*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*”).

³⁴ AGCM, Delibera 16 maggio 2023, n. 30629 – *Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 14-*quater* della legge 10 ottobre 1990, n. 287*, pubblicata nel Bollettino AGCM n. 19 del 22 maggio 2023.

e meritevole di tutela giuridica, rilevando soltanto l'effetto economico sul mercato interno e sulla libera concorrenza.

Un intervento è configurato come aiuto di Stato quando sussistono cumulativamente tutti gli elementi costitutivi declinati dal citato art. 107, par. 1, TFUE, segnatamente: la sussistenza di un'impresa, l'imputabilità della misura allo Stato ovvero il finanziamento mediante risorse statali, il conferimento di un vantaggio, la selettività della misura, la possibile distorsione della concorrenza e l'incidenza sugli scambi tra Stati membri. A tale riguardo:

- come per il diritto antitrust, l'impresa è un soggetto/entità, a prescindere dallo status o inquadramento giuridico pubblico o privato, che svolge un'attività economica. Per attività economica si intende qualsiasi attività consistente nell'offrire beni e servizi in un mercato. Ai fini della nozione di aiuto di Stato, non rilevano quindi le definizioni nazionali, civilistiche o fiscali, di "impresa" e di "produzione", né la veste giuridico-formale, ma la natura economica aziendale, comprendendo qualsivoglia organizzazione di fattori volta allo svolgimento di un'attività lucrativa di destinazione al mercato di beni o servizi, sia essa privata, pubblica o mista;
- il finanziamento della misura tramite risorse statali sussiste ogni qualvolta le risorse provengano dal settore pubblico. Del pari, l'imputabilità della misura allo Stato sussiste quando la misura è concessa da un'autorità pubblica. La misura è comunque imputabile allo Stato anche nei casi in cui l'autorità pubblica autorizzi o designi un organismo intermediario alla gestione o all'impiego di risorse pubbliche.
- Il vantaggio è un beneficio economico che un'impresa non potrebbe ricevere in condizioni normali di mercato, ossia in assenza d'intervento dello Stato. Inoltre, art. 107, par. 1, TFUE riguarda esclusivamente gli aiuti che favoriscono alcune imprese o determinate produzioni. In tal senso, la selettività della misura costituisce un requisito fondamentale del concetto di aiuto di Stato: non soggiacciono, infatti, al divieto *ex* art. 107, par. 1, TFUE gli interventi generali di politica economica, applicati indistintamente a tutte le imprese e produzioni, a prescindere dal settore di attività, dalla loro dimensione e dalla loro ubicazione. Talune misure apparentemente generali possono, tuttavia, essere considerate selettive sotto il profilo degli effetti economici in concreto prodotti. La selettività si distingue pertanto in selettività di diritto (ricavata dai criteri giuridici previsti per la concessione) e selettività di fatto (la struttura della misura è tale che i suoi effetti favoriscono in modo significativo un particolare gruppo d'impreses);

- si ritiene che una misura concessa dallo Stato falsi o minacci di falsare la concorrenza quando è in grado di migliorare la posizione concorrenziale del beneficiario nei confronti di altre imprese concorrenti. Ciò si verifica quando lo Stato concede un vantaggio finanziario ad un'impresa che opera in un settore liberalizzato, dove esiste o potrebbe esistere, una situazione di concorrenza;
- l'incidenza dell'aiuto sugli scambi tra Stati membri sussiste quando l'aiuto concesso da uno Stato membro rafforza la posizione di un'impresa rispetto ad altre imprese concorrenti nell'ambito degli scambi intra EU.

9.1 Gli aiuti di Stato compatibili con il mercato interno ed il ruolo della Commissione

Come anticipato, se l'art. 107 TFUE al par. 1, stabilisce il principio del divieto degli aiuti di Stato, esso stesso prevede ai successivi parr. 2 e 3, le ipotesi in cui un aiuto possa considerarsi comunque compatibile con il mercato interno. A questi fini, alla Commissione europea vengono attribuite competenze esclusive il cui esercizio comporta ampi poteri di controllo e discrezionalità sull'interpretazione della nozione di aiuto e sull'applicazione delle deroghe previste, sia di quelle applicabili *de jure* che di quelle potenzialmente ammissibili (art. 107, par. 3).

Di conseguenza, le norme che introducono aiuti nuovi devono essere notificate «in tempo utile prima che acquistino efficacia». Ex art. 108, par. 3, «Lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotto ad una decisione finale» (clausola di sospensione o obbligo di *stand-still*). L'art. 2, Reg. del Consiglio n. 659/1999, modificato recentemente dal Reg. 22.7.2013, n. 734, cd. “*Regolamento di procedura*” (art. 109 TFUE), che disciplina gli obblighi procedurali per rendere effettivo il divieto di aiuti di Stato, stabilisce che la notifica degli aiuti di Stato nuovi debba avvenire “tempestivamente”, correlata da parte dello Stato membro di tutte le informazioni necessarie per consentire all'esecutivo dell'Unione europea la valutazione sulla loro compatibilità.

La stessa Commissione europea, attraverso l'emanazione di una serie di atti di *soft law* (in particolare comunicazioni) disciplina sia gli aspetti sostanziali che procedurali delle principali categorie di aiuto.

9.2 Evoluzioni del quadro normativo in funzione del c.d. Green Deal europeo

Su un piano più generale, infine, le politiche dell'UE sono oggi univocamente indirizzate alla concretizzazione del c.d. Green Deal europeo ed anche la disciplina degli aiuti di Stato a favore della tutela ambientale e dell'energia è in fase di attenta revisione, in particolare al fine di:

- ampliare le possibilità di cui dispongono gli Stati membri per fornire sostegno a vari tipi di progetti “verdi”, ad esempio la riduzione delle emissioni di CO₂, il ripristino degli habitat naturali e degli ecosistemi, la protezione e il ripristino della biodiversità, i veicoli puliti o a zero emissioni e le infrastrutture di ricarica e rifornimento;
- introdurre nuove condizioni “verdi” che le grandi imprese a forte consumo di energia dovranno rispettare per beneficiare, nel quadro di un'esenzione per categoria, di aiuti sotto forma di riduzione delle aliquote fiscali, a norma della direttiva sulla tassazione dell'energia. Ciò garantirà che gli aiuti determinino un aumento dell'efficienza energetica e promuovano investimenti in progetti che comportano riduzioni sostanziali delle emissioni dei gas a effetto emessi dall'impresa beneficiaria;
- tenere conto del ruolo accresciuto dello stoccaggio ai fini dell'integrazione dell'energia rinnovabile nel sistema dell'energia elettrica, ampliando le esenzioni in vigore relative agli aiuti agli investimenti e al funzionamento a favore delle energie rinnovabili ai progetti di stoccaggio direttamente collegati a impianti di produzione di energia rinnovabile nuovi o esistenti;
- agevolare gli investimenti nell'idrogeno verde, introducendo esenzioni per categoria per gli aiuti agli investimenti per progetti nel settore dell'idrogeno verde e per gli investimenti nelle infrastrutture per l'idrogeno. A tale proposito, anche gli aiuti al funzionamento a favore di impianti su piccola scala per la promozione dell'idrogeno verde saranno esentati dall'obbligo di notifica.

10. Il Regolamento europeo relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno

Il Regolamento (UE) 2022/2560 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno ("**FSR**"), divenuto operativo a far data dal 12 ottobre 2023, prevede un meccanismo di controllo per le sovvenzioni estere finalizzato ad evitare che queste provochino distorsioni nel mercato interno.

Per "sovvenzione estera" si intende un contributo finanziario fornito direttamente o indirettamente da un Paese terzo (c.d. *foreign financial contribution* ("**FFC**")) che conferisce un vantaggio a

un'impresa che esercita un'attività economica nel mercato interno e che è limitato, di fatto o di diritto, ad una o più imprese o ad uno o più settori³⁵.

La nozione di FFC ricomprende, tra gli altri, incentivi fiscali, sovvenzioni, conferimenti di capitale, prestiti, garanzie sui prestiti, compensazione delle perdite di esercizio, esenzioni fiscali, diritti speciali o esclusivi – quali il rilascio di concessioni e licenze - senza una remunerazione adeguata, nonché la fornitura o l'acquisto di beni o servizi, anche a condizioni di mercato (ad esempio, il pagamento del corrispettivo per i servizi erogati dalle società pubbliche integra la nozione di FFC) o in assenza di selettività.

Il controllo delle sovvenzioni estere è accentrato presso la Commissione europea, che ha la competenza esclusiva sull'applicazione del FSR, da una parte attraverso il ricevimento di notifiche da parte delle imprese e, dall'altra, avviando *ex officio* investigazioni su sovvenzioni estere che ritenga potenzialmente distorsive del mercato interno.

Gli operatori economici hanno l'**obbligo** di notificare i FFC ricevuti nel caso di:

1. **operazioni di concentrazione**, in caso di acquisto del controllo su un'impresa o di costituzione di un'impresa comune stabilita nell'UE, che abbia generato un fatturato nell'Unione pari ad almeno **500 milioni** di euro nell'ultimo esercizio finanziario, sempre che il gruppo acquirente e il gruppo acquisito abbiano ricevuto FFC di un valore cumulato superiore a **50 milioni** di euro negli ultimi 3 anni; e
2. in caso di aggiudicazione di una **procedura d'appalto pubblico**, ove:
 - a) il valore stimato dell'appalto pubblico o dell'accordo quadro è pari o superiore a **250 milioni** di euro (nel caso di suddivisione in lotti, assume invece rilevanza il valore del lotto o il valore di tutti i lotti per i quali l'acquirente presenti un'offerta pari o superiore a **125 milioni** di euro); e
 - b) all'operatore economico aggiudicatario abbia percepito FFC per un valore pari o superiore a **4 milioni di euro** per paese terzo nei 3 anni precedenti la notifica.

³⁵ Art. 3 del FSR.

Resta inteso che, in attesa dell'esito della notifica, la concentrazione o l'aggiudicazione non possono essere implementate (c.d. obbligo di *stand-still*).

La valutazione degli effettivi distorsivi delle sovvenzioni estere viene effettuata, tra gli altri criteri, sulla base dell'importo e della natura della sovvenzione, sulla situazione e dimensione dell'impresa nei mercati e settori interessati, nonché sul livello e l'evoluzione dell'attività economica dell'impresa nel mercato interno. Tale giudizio può anche prevedere la comparazione tra gli effetti negativi e positivi generati sul mercato interno dalla sovvenzione estera.