

Lezione del 11 aprile 2018

8. La concorrenza ed il mercato.

8.2. Il diritto antitrust.

Prof.ssa Emanuela Arezzo
Corso di Diritto Commerciale

Il diritto della concorrenza

- Fonti del diritto:
 - Legge 287/90;
 - Articoli 101 e 102 TFUE;
 - Regolamento Concentrazioni;
 - Regolamenti di esenzione per categoria.

Le fattispecie del diritto antitrust

- Gli abusi di posizione dominante;
- Le intese restrittive della concorrenza;
- Le concentrazioni di potere di mercato.

Elemento comune: lo sfruttamento del potere di mercato ovvero il suo rafforzamento.

L'abuso di posizione dominante:

Art. 3, L. 287/90:

È vietato **l'abuso** da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'**interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante**, ed inoltre è vietato:

- a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, [...];
- b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, [...], a danno dei consumatori;
- c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;
- d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari [...].

Articolo 102 TFUE

È incompatibile con *il mercato comune* e vietato, nella misura in cui possa essere *pregiudizievole al commercio tra Stati membri*, lo **sfruttamento abusivo** da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul *mercato comune o su una parte sostanziale di questo*.

Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

- a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto [...];;
- b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;
- c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;
- d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari [...];

Struttura della norma

Art. 3, L. 287/90:

È vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante **all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante**, ed inoltre è vietato:

- a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose;
- b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori;
- c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;
- d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi.

- ✓ Il divieto generale di abuso di posizione dominante;
 - ✓ distinzione fra il concetto di abuso e quello di dominanza;
- ✓ Le condotte tipizzate e le presunzioni di abuso:
 1. dominanza;
 2. all'interno del mercato nazionale/parte rilevante;
 3. condotta tipizzata.
- ✓ Cosa si vuole tutelare?
Struttura concorrenziale del mercato?
 - ✓ Concorrenti? Consumatori?

Ripartizione di competenze

È vietato l'*abuso* di una posizione dominante:

- all'interno del *mercato nazionale* o in una sua parte rilevante (Art. 3 Legge 287/90):
 - AGCM;
- o del *mercato comune* o in una sua parte rilevante (Art. 102 TFUE):
 - Commissione Europea; post Reg. 1/2003 anche AGCM.

Art. 1 L. 287/90

- 1. Le disposizioni della presente legge [...] si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese che ***non ricadono nell'ambito di applicazione*** degli articoli 65 e/o 66 del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, degli articoli 85 e/o 86 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE), dei regolamenti della CEE o di atti comunitari con efficacia normativa equiparata.
- 2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato [...], *qualora ritenga che una fattispecie al suo esame non rientri nell'ambito di applicazione della presente legge ai sensi del comma 1*, ne **informa la Commissione delle Comunità europee**, cui trasmette tutte le informazioni in suo possesso.

Come si procede?

1. Definizione del mercato rilevante
2. Posizione di dominanza
3. Condotta abusiva:
 1. Ricorso alle condotte tipizzate (presunzioni);
 2. Ricorso ad ulteriori test elaborati dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia.

Il mercato rilevante

Comunicazione della Commissione sulla definizione di mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza: GU C 372 del 9.12.1997

Due aspetti:

il **mercato del prodotto** comprende tutti i **prodotti e/o servizi** che sono considerati ***intercambiabili o sostituibili dal consumatore***, in ragione delle **caratteristiche** dei prodotti, dei loro **prezzi** e dell'**uso** al quale sono destinati;

il **mercato geografico** comprende l'**area** in cui le imprese interessate forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le ***condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee***.

Il mercato rilevante: segue

SSNIP TEST: Small but Significant Non-transitory Increase in Prices:

sostituibilità sul versante della domanda (cioè dei **consumatori):**

si deve vedere se i consumatori del prodotto in questione possono passare prontamente ad un prodotto simile in risposta ad un piccolo, ma permanente, aumento di prezzo (tra il 5 e il 10 %);

sostituibilità sul versante dell'offerta (cioè dei **fornitori):**

si deve vedere se altri fornitori possono prontamente modificare il loro processo produttivo in modo da fabbricare i prodotti in causa e immetterli sul mercato rilevante.

Cosa si intende per dominanza

una situazione di ***potenza economica*** grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di **ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva** sul mercato [...] ed ha la possibilità di tenere ***comportamenti alquanto indipendenti*** nei confronti dei suoi **concorrenti**, dei suoi **clienti** e, in ultima analisi, dei **consumatori**.

(Corte di Giustizia, caso Hoffmann La Roche v. Commissione, 85/76, 1979)

Differenza tra dominanza e monopolio

Segue:

siffatta posizione, a differenza di una situazione di monopolio o di quasi monopolio, *non esclude l'esistenza di una certa concorrenza*, ma pone la ditta che la detiene in grado, ***se non di decidere***, almeno di **influire notevolmente** sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza e, comunque, di **comportarsi sovente senza doverne tener conto** e senza che, per questo, simile condotta le arrechi pregiudizio;

(Corte di Giustizia, caso Hoffmann La Roche v. Commissione, 85/76, 1979)

Come si misura la dominanza

Quote di mercato:

- Presunzione di dominanza con quote $\geq 50\%$;
- Con quota compresa tra 50 e 40% è necessario guardare ad altri fattori:
 - posizione dei concorrenti;
- Fattore temporale;

Altri fattori indicativi di dominanza

- Economie di scala;
- Integrazione verticale;
- Diritti di proprietà intellettuale;
- Accesso esclusivo a input essenziali;
- Accesso a risorse finanziarie;
- Pubblicità, reputazione;

Cosa si intende per abuso

“[...] il comportamento dell’impresa in posizione dominante atto ad **influire** sulla **struttura** di un mercato in cui, ***proprio per il fatto che vi opera detta impresa , il grado di concorrenza è già sminuito*** e che ha come **effetto** di **ostacolare**, ***ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi*** [...], la **conservazione** del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo **sviluppo** di detta concorrenza”

In cosa si distingue dunque l'abuso dalla posizione di dominanza?

Dominanza = indebolimento della **STRUTTURA** del MERCATO IN CUI, ***PROPRIO PER IL FATTO CHE VI OPERA DETTA IMPRESA***, **LA CONCORRENZA E' GIA' INDEBOLITA.**

Abuso = momento successivo e distinto. L'impresa sfrutta la situazione di scarsa concorrenza per consolidare ulteriormente il suo potere, a scapito di concorrenti e consumatori.

La condotta abusiva: *ratio* della norma

- **Dominanza come filtro:**
 - Una stessa condotta sarà considerata abusiva solo se posta in essere da un'impresa in posizione dominante; ciò perché
 - Si ritiene che gli *effetti* della condotta saranno tanto più dannosi per la concorrenza, quanto più forte (economicamente) è l'impresa che li pone in essere.
- Indi: **principio della responsabilità speciale** in capo alle imprese dominanti;
- Abusi escludenti e abusi di sfruttamento.

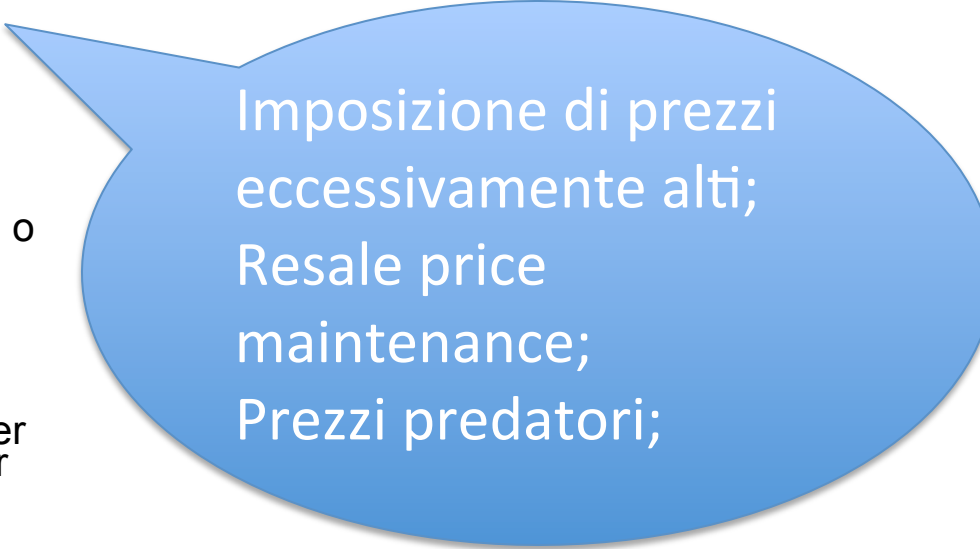
Le condotte tipizzate

a) imposizione di **prezzi** di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali **ingiustificatamente gravose**;

b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, **a danno dei consumatori**;

c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;

d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi.



Imposizione di prezzi
eccessivamente alti;
Resale price
maintenance;
Prezzi predatori;

Le condotte tipizzate

a) imposizione di prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose;

b) impedire o limitare la **produzione**, gli **sbocchi** o gli **accessi** al mercato lo **sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori**;

c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;

d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi.

Rifiuto a contrarre;
Rifiuto a concedere accesso a input essenziali per competere nel mercato;
Ogni altra pratica che possa compromettere lo sviluppo tecnologico.

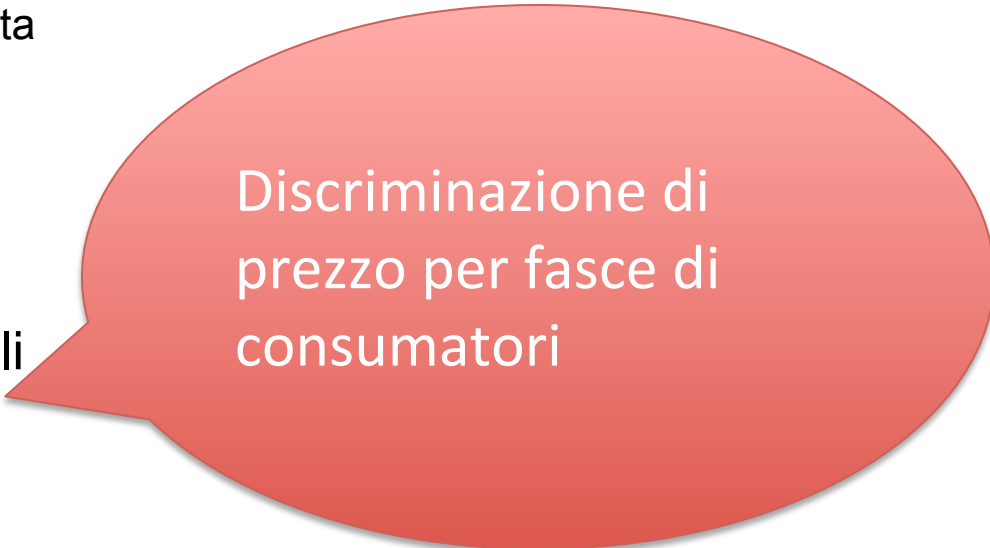
Le condotte tipizzate

a) imposizione di prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose;

b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, **a danno dei consumatori**;

c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti **condizioni** oggettivamente **diverse** per **prestazioni equivalenti**, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;

d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi.



Discriminazione di prezzo per fasce di consumatori

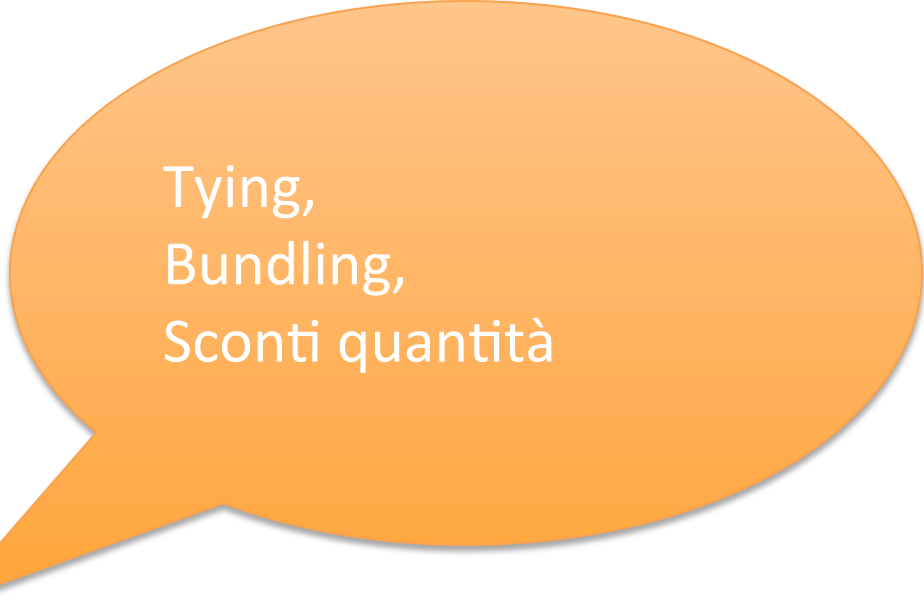
Le condotte tipizzate

a) imposizione di prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose;

b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, **a danno dei consumatori**;

c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;

d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di **prestazioni supplementari** che, **per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione** con l'oggetto dei contratti stessi.



Tying,
Bundling,
Sconti quantità

Le condotte non tipizzate

- a) Il c.d. margin squeeze;
- b) La brevettazione strategica;
- c) Lo sfruttamento scorretto di falle del sistema legislativo-regolatorio per estromettere i concorrenti dal mercato.

Le intese restrittive della concorrenza

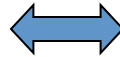
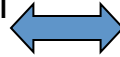
**Ratio comune tra art. 3 e art. 2, 2° comma, L.
287/90.**

“Sono vietate le intese tra imprese che abbiano ***per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare*** in maniera consistente il gioco della ***concorrenza*** all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante”

Paragone fra le due norme

Sono vietate le **intese** [...] che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza [...] anche attraverso attività consistenti nel:

- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali;
- b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico;
- c) **ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;**
- d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;
- e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi.



- È vietato l'**abuso** da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato:
 - a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose;
 - b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori;
 - c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;
 - d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi.

Le intese restrittive della concorrenza

“Sono vietate le intese tra imprese che abbiano ***per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente*** il gioco della ***concorrenza*** all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante”

Comunicazione 22 dicembre 2001 c.d. ***de minimis***:

- ✓ Non lesività degli **accordi orizzontali** dove la quota di mercato aggregata non è superiore al 10%;
- ✓ Non lesività degli **accordi verticali** dove la quota di mercato aggregata non è superiore al 15%;

Cosa si intende per intesa restrittiva

1. Qualunque tipologia di **accordo**, indipendentemente dalla forma;
 1. anche i c.d. gentlemen agreements.
2. **Pratiche concordate**;
 1. Coordinamento consapevole dell'attività di più imprese che non fa seguito ad alcun accordo formale o informale tra le parti.
 2. Importanza degli indizi (allineamento prezzi, scambi di informazioni, incontri informali, software?);
 3. Onere delle imprese di fornire una giustificazione economicamente plausibile del parallelismo;
3. **Decisioni/deliberazioni di associazioni di imprese.**

Le intese aventi per oggetto la restrizione della concorrenza

“Sono vietate le intese tra imprese che abbiano **per oggetto** o **per effetto** di **impedire, restringere o falsare** in maniera consistente il gioco della **concorrenza** all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante”.

Quali sono?

- ✓ Fissazione dei prezzi di acquisto o di vendita;
- ✓ Ripartizione dei mercati;
- ✓ Scambio di informazioni sensibili.

Regime?

Nullità (art. 2, 3° comma, L. 287/90; art. 101, 2° comma TFUE).

Le intese aventi per effetto la restrizione della concorrenza

“Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o **per effetto** di **impedire, restringere o falsare** in maniera consistente il gioco della **concorrenza** all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante”.

Quali sono?

✓ Tutti gli altri accordi.

Regime?

✓ Possibilità di una c.d. “autorizzazione in deroga”, ex art. 4 L. 287/90 ovvero sistema di eccezione legale introdotto dal Reg. 1/2003.

Le condizioni per l'esenzione al divieto di intese restrittive

L'Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'articolo 2, che diano luogo a:

- miglioramenti nelle **condizioni di offerta** sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori;
- e connessi in particolare con l'*aumento* della produzione, o con il *miglioramento qualitativo della produzione* stessa o della *distribuzione* ovvero con il *progresso tecnico o tecnologico*.

L'autorizzazione **non può comunque consentire:**

- ✓ restrizioni **non strettamente necessarie** al raggiungimento delle finalità di cui al presente comma
- ✓ né può consentire che risulti **eliminata la concorrenza** da una parte sostanziale del mercato.

I regolamenti di esenzione per categoria

Regolamenti che dettano una specifica disciplina per determinate tipologie di accordi, creando dei “safe harbours” per quelle intese che rispettano le soglie di quote di mercato aggregate e non contengono particolari clausole che rientrano nella c.d. black list.

Es. reg. 330/2010 sugli accordi verticali;
reg. 1217/2010 sugli accordi di ricerca e sviluppo;
reg. 1218/2010 sugli accordi di specializzazione.

Le concentrazioni

Nozione: risultato di un processo all'esito del quale un'impresa si rafforza sul mercato non già in virtù di una crescita interna, bensì attingendo ad economie di terzi (Mangini, Olivieri, 2012).

Unica fattispecie non contenuta nelle norme del Trattato.

Fonti: Reg. 139/2004, già Reg. 2064/89; art. 5 L. 287/90.

Come mai?

- ✓ Efficienza produttiva (risparmio di costi, economie di scala) e allocativa;
- ✓ Strumento di crescita delle imprese e di razionalizzazione del mercato (si pensi in tempi di crisi!).

Le concentrazioni

Come possono avvenire?

- ✓ Fusione (anche attraverso acquisto di azienda o ramo);
- ✓ Acquisizione del controllo su di un'impresa o su parti di essa;
- ✓ Costituzione di un'impresa comune:
 - ✓ Costituzione di una nuova entità economica indipendente dalle società madri, nel senso di: offrire prodotti o servizi in maniera autonoma e stabile (i.e. progettata per svolgere tale attività a tempo indeterminato), capace di individuare una propria politica commerciale.

Modalità assai eterogenee;

Ciò che rileva – l'elemento comune – è l'effetto finale:

“si ha una concentrazione quando si produce una **modifica duratura del controllo**” (art. 3, Reg. 139/2004).

Le concentrazioni

Elementi costitutivi:

- ✓ **Indipendenza** delle imprese interessate al processo di concentrazione (i.e. non facenti parte del medesimo gruppo);
- ✓ **Carattere duraturo** della modifica della struttura delle imprese interessate;
- ✓ Non è necessario si tratti di imprese concorrenti.
- ✓ Non è necessaria una diminuzione numerica del numero dei concorrenti (è sufficiente un rischio di indebolimento di quelli esistenti).

Come si accerta la natura pro- o anti-competitiva delle concentrazioni

- Notifica dell'operazione di concentrazione all'autorità nazionale o europea della concorrenza (AGCM o Commissione EU);
 - Differenza con il regime delle intese;
 - Divieto di porre in essere l'operazione se non notificata ovvero se non approvata dalla Commissione (art. 7, 1°, Reg. 139/2004);
 - Silenzio della legge 287/90 sul punto.
- Criterio della **dimensione** dell'operazione in termini di fatturato;
- Il regime delle operazioni al di sotto della soglia minima.

Il test nazionale per valutare gli effetti della concentrazione

Art. 6, 1° comma, L 287/90:

“1. Nei riguardi delle operazioni di concentrazione soggette a comunicazione ai sensi dell'articolo 16, l'Autorità valuta se comportino *la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante* sul mercato nazionale in modo da *eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole* la concorrenza.”

Il test europeo per valutare gli effetti della concentrazione

Art. 2, Reg. 139/2004:

“le concentrazioni che *ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva* nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, *in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante*, sono dichiarate incompatibili con il mercato”.

Substantial Lessening of Competition test di matrice USA.

Segue:

- Possibilità di **bilanciare i guadagni di efficienza** prodotti dalla concentrazione con gli svantaggi in termini di rafforzamento della posizione dominante, purchè:
 - Vantaggio per i consumatori;
 - Guadagni verificabili ex ante;
 - Strettamente connessi all'operazione de quo.
- **Failing Firm defence (esimente):**
 - Impresa acquisita versa in stato irreversibile di crisi;
 - I suoi assets sarebbero comunque acquisiti dall'impresa che si concentra;
 - Non vi sono alternative che comportino conseguenze meno lesive per la concorrenza.

Esiti della valutazione

1. Autorizzazione dell'operazione;
2. Divieto dell'operazione;
 - Se disatteso, l'Autorità può adottare **misure di "deconcentrazione"** volte a ripristinare condizioni di concorrenza effettiva (art. 18, 2°, L 287/90), ovvero
 - può **sciogliere** l'entità nata dalla fusione o disporre la cessione di tutte le azioni o le parti di patrimonio acquisite (art. 8, § 4, Reg. 139/2004).
3. Autorizzazione sottoposta a condizione;

Esiti della valutazione

1. Autorizzazione dell'operazione;
2. Divieto dell'operazione;
3. Autorizzazione sottoposta a condizione:
 1. Misure correttive **strutturali**:
 - a. Cessione di ramo di azienda;
 - b. Cessione in via definitiva di asset intangibile (marchio, brevetto);
 2. Misure correttive **comportamentali**:
 - a. Obbligo di garantire approvvigionamento ai concorrenti (es. materie prime fondamentali);
 - b. Obbligo di garantire accesso a determinati input essenziali (es. protetti da brevetto);
 - c. Obbligo di vendere a prezzi e condizioni di mercato.