

**DIRITTO ANTITRUST,
LA NORMATIVA
A TUTELA DELLA CONCORRENZA
SUI MERCATI ECONOMICI**

DIRITTO ANTITRUST, LA NORMATIVA A TUTELA DELLA CONCORRENZA SUI MERCATI ECONOMICI

Benvenuto in questo corso formativo di **ACEA** dedicato **al diritto antitrust, la normativa a tutela della concorrenza sui mercati economici**, avente lo scopo di promuovere **buone prassi aziendali e sviluppare una cultura condivisa in materia**.

Approfondiremo i seguenti argomenti:

1. **Diritto antitrust: normativa italiana ed europea**
2. **Intese restrittive**
3. **Abuso di posizione dominante**
4. **Abuso di dipendenza economica**
5. **Operazioni di concentrazione**
6. **Conseguenze delle violazioni del diritto antitrust**
7. **Autorità competenti in materia**
8. **Regole di comportamento e consigli utili**

1. DIRITTO ANTITRUST: NORMATIVA ITALIANA E EUROPEA

Il diritto antitrust rappresenta l'insieme delle norme a tutela della libera concorrenza delle imprese nel mercato.

Riguarda tutte le imprese che svolgono attività economiche, ossia attività di vendita o fornitura di prodotti o servizi nel mercato, come - nel nostro caso - ACEA e le Società del Gruppo.

In Italia il diritto antitrust è rappresentato dalla legge 287 del 10 ottobre 1990 che si applica solo ai casi che hanno effetti nel mercato nazionale.

Per i casi che hanno effetti nel mercato europeo, invece, si applica la normativa europea, e cioè gli artt. 101-102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

Il diritto antitrust disciplina le seguenti fattispecie sostanziali:

- **intese restrittive della concorrenza**
- **abusi di posizione dominante**
- **operazioni di concentrazioni restrittive della concorrenza.**

È bene ricordare che, con riferimento a società appartenenti allo stesso Gruppo, è la Capogruppo a rispondere in merito alle condotte delle società controllate!

DIRITTO ANTITRUST, LA NORMATIVA A TUTELA DELLA CONCORRENZA SUI MERCATI ECONOMICI

2. INTESE RESTRITTIVE

Vediamo insieme la prima ipotesi vietata dal diritto antitrust: intese restrittive della concorrenza.

Sono tutti quei comportamenti concordati tra imprese per:

- coordinare la propria azione sul mercato e
- impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza

Nei mercati di fornitura di acqua/energia elettrica/gas naturale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha considerato intese anticoncorrenziali:

- **Il coordinamento dei prezzi dei prodotti o servizi offerti**
- **la ripartizione del mercato o della clientela e**
- **le intese in procedure di gara (bid rigging).**

Le intese a loro volta possono essere:

- **orizzontali**, se concluse tra imprese concorrenti che operano in uno stesso mercato
- **verticali**, se concluse tra imprese non concorrenti che operano in diversi livelli della filiera produttiva (es. fornitore e distributore)

Vediamo ora le diverse **tipologie di intese** che possono essere concluse tramite:

- **accordi o pratiche** concordate tra imprese indipendenti
- **deliberazioni di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi simili.**

DIRITTO ANTITRUST, LA NORMATIVA A TUTELA DELLA CONCORRENZA SUI MERCATI ECONOMICI

2.1. ACCORDI TRA IMPRESE

Partiamo dagli accordi tra imprese: si ha un accordo ogni volta che due o più imprese indipendenti, anziché decidere autonomamente le proprie strategie commerciali, esprimono la volontà comune di adottare una determinata strategia di mercato.

La **forma dell'accordo è irrilevante!** Può essere orale oppure scritta, sotto forma di contratto, intese informali o linee guida di comportamento.

2.2. PRATICHE CONCORDATE

Si ha una **pratica concordata** quando c'è una collaborazione tra imprese per eliminare o attenuare i rischi della concorrenza, pur in assenza di un vero e proprio accordo.

Una pratica concordata costituisce quindi **una violazione del principio secondo cui ciascuna impresa deve autonomamente determinare la propria condotta sul mercato e le condizioni che intende riservare alla propria clientela**, ed è possibile ricondurla a comportamenti "paralleli" di operatori, quando tale parallelismo sia frutto di:

1. una qualche forma di comunicazione tra le imprese (incontri, scambi di informazioni, annunci unilaterali di informazioni sensibili in un mercato oligopolistico)
2. una cooperazione non giustificata con altre imprese
3. una successiva condotta sul mercato influenzata dai precedenti incontri/comunicazioni con le altre imprese

ATTENZIONE!

Se un'impresa partecipa ad uno **scambio di informazioni commerciali sensibili (anche in sede associativa)**, sarà molto difficile dimostrare che abbia operato autonomamente sul mercato e non abbia usato quelle informazioni e dato attuazione alle strategie commerciali concordate con altre imprese. Le Autorità di concorrenza infatti presumono che l'impresa usi quelle informazioni per determinare le

DIRITTO ANTITRUST, LA NORMATIVA A TUTELA DELLA CONCORRENZA SUI MERCATI ECONOMICI

proprie strategie commerciali e che ci sia stata un'intesa restrittiva.

Pertanto, **se in un incontro con altre imprese avviene uno scambio di informazioni commerciali sensibili, si raccomanda di non partecipare alla discussione e di distanziarsi pubblicamente dalla stessa, chiedendo che questa volontà venga verbalizzata.**

Sono considerate **sensibili** tutte le **informazioni idonee a far comprendere ai concorrenti la strategia commerciale di un'impresa (dati su prezzi, costi, utili, clienti serviti, struttura/sviluppo della rete, ecc.).**

2.3. DECISIONI DI ASSOCIAZIONI DI IMPRESE

Inoltre, un'intesa anticoncorrenziale può essere conclusa anche mediante l'adozione di decisioni di un'associazione di imprese, come ad esempio le associazioni di categoria o consorzi, mediante la forma di raccomandazione o deliberazione (anche non vincolante), assunta per influenzare le condotte commerciali delle imprese affiliate e produrre effetti restrittivi della concorrenza.

DIRITTO ANTITRUST, LA NORMATIVA A TUTELA DELLA CONCORRENZA SUI MERCATI ECONOMICI

2.4. LE INTESE HARD-CORE: CONDOTTE SEMPRE VIETATE

Infine sono state identificate alcune **condotte particolarmente gravi** che si presumono restrittive della concorrenza e sono **sempre vietate**:

- **intese sui prezzi**
- **limitazione della produzione e delle vendite**
- **ripartizione dei mercati o dei clienti**
- **patti di boicottaggio**
- **patti nelle procedure di gara**

2.5. LE INTESE RESTRITTIVE “PER EFFETTO”

Al di fuori dei casi appena visti di intese sempre vietate, **un’intesa può essere considerata restrittiva della concorrenza se è potenzialmente idonea a danneggiare i consumatori, gli altri concorrenti e la struttura del mercato**. Ciò significa che **non è necessario accertare in concreto effetti distorsivi della concorrenza, ma basta che l’intesa sia potenzialmente idonea a produrli**.

Attenzione:

- **a ogni forma di comunicazione con i concorrenti,**
- **agli annunci pubblici aventi ad oggetto strategie commerciali e, in generale**
- **ad ogni pratica che sia idonea a danneggiare la concorrenza**

Facciamo un **esempio!**

Se imprese concorrenti annunciano pubblicamente o si scambiano informazioni relative all’andamento del mercato, alle vendite o altre informazioni che indirettamente sono utili per determinare la strategia commerciale, tali comunicazioni possono risultare sospette perché possono comunque influenzare le scelte commerciali delle imprese, pur non avendo ad oggetto i prezzi praticati in futuro dai concorrenti.

DIRITTO ANTITRUST, LA NORMATIVA A TUTELA DELLA CONCORRENZA SUI MERCATI ECONOMICI

2.6. LE INTESE RESTRITTIVE NELLE PROCEDURE DI GARA

L'obbligo di determinare autonomamente le proprie scelte commerciali ha portata generale e trova applicazione anche quando le imprese partecipano a delle procedure di gara.

Ad esempio, quando le imprese:

- **concludono accordi di compensazione, e cioè concordano, prima della presentazione delle offerte, che l'aggiudicatario predeterminato subappalterà alle imprese non aggiudicatarie una parte dei servizi aggiudicati**
- **definiscono uno schema di turnazione per la presentazione delle offerte, così da garantirsi a turno l'aggiudicazione**
- **si astengono dalla gara per favorire un determinato concorrente**
- **si accordano per la presentazione di offerte sui lotti o sulla strategia di gara**
- **coordinano le offerte in modo che l'aggiudicazione dei lotti rispecchi la presenza storica dei concorrenti sui vari lotti e sia conforme alle precedenti aggiudicazioni.**

Ci sono poi delle pratiche che l'AGCM considera **sempre sospette nelle procedure di gara sotto il profilo della concorrenza**, quando:

- **i fornitori regolari non presentano offerte per gare alle quali ci si attenderebbe la loro partecipazione ma presentano offerta per**

altre gare

- **alcune imprese si ritirano inaspettatamente dalla gara**
- **l'impresa aggiudicataria non accetta l'appalto e successivamente risulta fornitrice di lavori in subappalto**
- **poco prima della scadenza dei termini per la presentazione delle offerte, tra le imprese che partecipano alla gara sono organizzati momenti di socializzazione o riunioni regolari.**

Queste condotte non sono comunque esaustive e l'Autorità può ritenere sospette altre poste in essere durante la partecipazione a una gara.

Emblematico il caso in cui un'impresa costituisca **un'associazione temporanea di imprese (ATI) per partecipare ad una gara.**

Premessa la legittimità del ricorso alle ATI, le imprese possano costituirsi in ATI sia nel caso in cui non abbiano i requisiti per partecipare alla gara, sia nel caso in cui siano già in possesso individualmente dei requisiti di partecipazione. In quest'ultimo caso le ATI sono dette "sovrabbondanti" perché le imprese potrebbero concorrere anche autonomamente.

La partecipazione ad una gara pubblica da parte di un'ATI "sovrabbondante" non può ritenersi di per sé vietata in via generale, ai fini antitrust rileva infatti l'evidente finalità anticoncorrenziale di una ATI sovrabbondante, che va quindi valutata alla luce delle giustificazioni, in termini di efficienza gestionale e industriale, che le imprese riunite forniscono al momento della presentazione della

DIRITTO ANTITRUST, LA NORMATIVA A TUTELA DELLA CONCORRENZA SUI MERCATI ECONOMICI

domanda o su richiesta della stazione appaltante.

In termini di regole di condotta, nel caso in cui sia opportuno partecipare alla gara in associazione con altri operatori (ad esempio, in ATI, Consorzi, ecc.), occorre quindi valutare che l'associazione sia strettamente necessaria per l'esecuzione di quanto richiesto dal Bando e/o da altra documentazione di gara (Capitolato, Disciplinare, etc.)

3. ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

Oltre alle intese restrittive della concorrenza, il diritto antitrust vieta l'abuso di posizione dominante all'art. 3 della legge 287 del 1990.

Ciò significa che **non è vietato detenere una posizione dominante, ma abusarne!** Alterando potenzialmente la concorrenza all'interno del mercato nazionale.

Quando è possibile considerare una impresa in **posizione dominante**? Quando ha un potere economico nel mercato tale da poter

- ostacolare una concorrenza effettiva e
- agire indipendentemente da concorrenti, clienti e consumatori

In linea generale, possiamo considerare in posizione dominante una impresa qualora questa detenga elevate quote di mercato, pari o superiori al 40%.

È comunque importante sottolineare che la quota di mercato non è l'unico fattore da tenere in considerazione; altri indizi devono essere valutati per determinare se l'impresa sia in posizione dominante.

DIRITTO ANTITRUST, LA NORMATIVA A TUTELA DELLA CONCORRENZA SUI MERCATI ECONOMICI

Chiarito il concetto di posizione dominante, vediamo ora quando c'è un **abuso di posizione dominante**.

Un'impresa abusa della propria posizione se adotta una condotta:

- contraria alle regole della concorrenza fondata sul merito e
- potenzialmente idonea ad influire sulla struttura del mercato e sulla concorrenza.

Non è necessario accertare che l'impresa dominante abbia voluto danneggiare la concorrenza, né che la condotta abusiva abbia in concreto prodotto effetti anticoncorrenziali nel mercato. Basta che sia **potenzialmente idonea** a ledere la concorrenza nel mercato.

Pertanto, una stessa condotta può essere lecita per un'impresa non dominante e vietata ad un'impresa dominante, la quale ha un potere di mercato che le permette di operare indipendentemente dai concorrenti e clienti. (concetto particolare responsabilità impresa dominante).

Il diritto antitrust vieta due forme di abuso,

- gli abusi escludenti e
- gli abusi di sfruttamento.

3.1. ABUSI ESCLUDENTI

Sono **abusi escludenti** le condotte volte ad

- **escludere altri concorrenti dal mercato o**
- **impedirne l'ingresso.**

Vediamo insieme alcuni **esempi**:

- **rifiuto di fornitura a un concorrente di un prodotto o servizio essenziale, il diniego di accesso a infrastrutture essenziali e difficilmente replicabili da un concorrente come, ad esempio, un'infrastruttura elettrica**
- **comportamenti discriminatori che danneggiano la concorrenza, ossia l'applicazione nei rapporti commerciali di condizioni dissimili per prestazioni considerate equivalenti**
- **pratiche dilatorie per ostacolare o ritardare l'accesso al mercato di un concorrente**
- **l'offerta ai consumatori di prodotti o servizi a prezzi eccessivamente bassi e non sostenibili dai concorrenti**
- **la riduzione eccessiva dei margini di profitto di un concorrente.**

DIRITTO ANTITRUST, LA NORMATIVA A TUTELA DELLA CONCORRENZA SUI MERCATI ECONOMICI

Altri esempi di abusi escludenti sono le **pratiche leganti**, ad esempio:

- fenomeno del *tying*, quando cioè il consumatore è condizionato all'acquisto di prodotti o servizi supplementari e non strettamente necessari per la fruizione o il godimento dei prodotti o servizi richiesti
- oppure il *bundling*, quando il consumatore non è obbligato ad acquistare due diversi prodotti ma ha comunque un incentivo all'acquisto congiunto perché il prezzo complessivo è inferiore alla somma dei prezzi dei singoli prodotti.

Un altro caso sono le **pratiche discriminatorie**, quando cioè l'impresa applica prezzi diversi a consumatori o clienti diversi per l'offerta di uno stesso prodotto o servizio in assenza di oggettive giustificazioni.

Ancora, sono abusi escludenti gli **sconti fedeltà** volti a fidelizzare il cliente. Ad esempio, gli sconti sostanziali ad un cliente che incrementa le proprie richieste di fornitura di un prodotto o servizio, a condizione che il consumatore non acquisti prodotti o servizi presso operatori concorrenti.

3.2. ABUSI DI SFRUTTAMENTO

Vediamo insieme ora gli **abusi di sfruttamento**: sono pratiche che **danneggiano in modo diretto fornitori o acquirenti dei beni o servizi offerti dall'impresa dominante**.

Ad **esempio**, è vietato imporre un **corrispettivo per prestazioni o servizi non forniti**.

DIRITTO ANTITRUST, LA NORMATIVA A TUTELA DELLA CONCORRENZA SUI MERCATI ECONOMICI

3.3. INFORMAZIONI COMMERCIALMENTE SENSIBILI

Anche l'**utilizzo discriminatorio di informazioni commercialmente sensibili** che l'operatore dominante detiene, può configurare **abuso di posizione dominante**!

Si pensi al rischio di **sfruttamento delle asimmetrie informative in capo ad un operatore in posizione dominante o comunque detenute in virtù dello svolgimento di un servizio gestito in monopolio o di un servizio di interesse economico generale per avvantaggiarsene in mercati diversi** (ad es liste anagrafiche di clienti, dati commercialmente rilevanti come i cc dd punti di prelievo, ecc)

A questo proposito, l'Autorità di regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) ha emanato il Testo Integrato in merito agli obblighi di separazione (unbundling) per le imprese operanti nei settori dell'energia elettrica e del gas e ha regolato anche le modalità di gestione, trattamento e messa a disposizione delle Informazioni Commercialmente sensibili nelle imprese verticalmente integrate.

ATTENZIONE!

Si ricorda, tuttavia, che l'osservanza della regolazione di settore non pone automaticamente al riparo da possibili violazioni della Normativa Antitrust.

4. ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA

Vediamo infine il divieto di **abuso di dipendenza economica**. L'articolo 9 della legge 192 del 1998 prevede che un'impresa non può abusare dello stato di dipendenza economica nel quale si trova un'impresa cliente o fornitrice.

Quando un'impresa è in stato di dipendenza economica?

Quando dipende da un'altra società, che è in grado di determinare un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi tra le due imprese nel corso del rapporto commerciale.

C'è abuso di dipendenza economica quando l'impresa predominante:

- impone condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie
- interrompe arbitrariamente le relazioni commerciali in atto
- non rispetta i termini di pagamento

Per l'abuso di dipendenza economica non è necessario che l'impresa:

- abbia una posizione dominante sul mercato, basta che sia predominante rispetto all'impresa cliente o fornitrice;
- abbia causato un pregiudizio alla concorrenza del mercato, basta soltanto all'impresa dipendente.

DIRITTO ANTITRUST, LA NORMATIVA A TUTELA DELLA CONCORRENZA SUI MERCATI ECONOMICI

Se la pratica abusiva di dipendenza economica danneggia solo l'impresa dipendente e non ha effetti pregiudizievoli sul mercato, l'AGCM non ha competenza ad intervenire, e l'impresa dipendente può ricorrere soltanto al giudice civile.

Se, invece, la pratica di dipendenza economica, non danneggia solo l'impresa dipendente, ma anche i concorrenti, i consumatori e il mercato, può intervenire anche l'AGCM.

5. LE CONCENTRAZIONI

Passiamo ora alla terza fattispecie disciplinata dal Regolamento CE 139 del 2004: le **concentrazioni**, ossia le **operazioni che producono una modifica duratura del controllo di una società** a seguito:

- della **fusione di due o più imprese precedentemente indipendenti**
- dell'**acquisizione del controllo, di diritto o di fatto, di un'impresa o di una parte di impresa** (ad esempio ramo d'azienda, concessione)
- della **costituzione di joint-ventures**

Queste operazioni, quando le imprese interessate raggiungono determinate soglie di fatturato, sono soggette ad un **obbligo di preventiva notifica** alla competente Autorità di concorrenza (Autorità nazionali oppure, in caso di concentrazioni di "dimensione comunitaria", la Commissione Europea).

Le autorità dovranno verificare che tali operazioni **non costituiscano o rafforzino la posizione dominante di un'impresa o riducano in maniera consistente la concorrenza sul mercato**. In caso affermativo, l'operazione può essere vietata o autorizzata con condizioni.

ATTENZIONE: è importante sottolineare che **anche l'acquisizione di partecipazioni di minoranza, in particolare nel caso in cui questa attribuisca diritti di veto sulle decisioni strategiche dell'impresa, può dar luogo ad una concentrazione soggetta ad obbligo di notifica.**

DIRITTO ANTITRUST, LA NORMATIVA A TUTELA DELLA CONCORRENZA SUI MERCATI ECONOMICI

6. CONSEGUENZE DI UNA VIOLAZIONE ANTITRUST

Quali sono le **conseguenze di una violazione antitrust**?

Dopo l'accertamento di una violazione, le Autorità competenti diffidano l'impresa a cessare la condotta anticoncorrenziale e a non ripeterla in futuro e impongono una **sanzione pecuniaria**.

La **sanzione** è calcolata in base a:

- **gravità e durata della condotta anticoncorrenziale**
- **condizioni economiche dell'impresa sanzionata**
- **presenza di attenuanti o aggravanti e grado di partecipazione dell'impresa nell'intesa restrittiva della concorrenza**

In ogni caso, la sanzione **non può essere superiore al 10% del fatturato** risultante dall'ultimo bilancio dell'impresa.

In caso di violazione dell'obbligo di notifica preventiva di una concentrazione a livello nazionale, l'AGCM può irrogare una **sanzione fino all'1% del fatturato** dell'anno precedente a quello in cui è stata effettuata la contestazione di mancata notifica.

Oltre alla sanzione pecuniaria, il compimento di un illecito antitrust può comportare **altre conseguenze** pregiudizievoli per la società e i suoi dipendenti. In particolare:

- **un danno di immagine e reputazionale**

- possibili **limitazioni alla partecipazione a gare pubbliche e procedimenti penali** se l'illecito antitrust abbia anche rilevanza penale (ad esempio, in ipotesi di intese nelle procedure di gara);
- **azioni risarcitorie**. I soggetti danneggiati dalla violazione antitrust possono infatti agire in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni subiti. Le azioni di risarcimento possono essere di 3 tipi:
 - azioni follow on, successive all'accertamento dell'illecito
 - azioni stand-alone, in assenza dell'accertamento dell'illecito
 - azioni di classe da parte di più consumatori, se l'illecito ha leso gli interessi di più consumatori.

DIRITTO ANTITRUST, LA NORMATIVA A TUTELA DELLA CONCORRENZA SUI MERCATI ECONOMICI

7. AUTORITÀ COMPETENTI

Vediamo ora quali sono le autorità competenti in materia antitrust.

In Italia sono competenti:

- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) per l'accertamento delle violazioni antitrust
- TAR Lazio in primo grado e il Consiglio di Stato in appello, per l'impugnazione dei provvedimenti dell'AGCM
- Corte d'appello competente per territorio, per le azioni di nullità e di risarcimento del danno e per provvedimenti di urgenza,
- il Giudice penale, quando l'illecito antitrust costituisce anche reato.

In ambito europeo, invece, sono competenti:

- Commissione europea e
- Corte Generale e la Corte di Giustizia dell'Unione europea per l'impugnazione dei provvedimenti della Commissione.

L'AGCM e la Commissione europea hanno **poteri di indagine** molto ampi.

Ecco cosa possono fare:

- **avviare un procedimento istruttorio**, d'ufficio o su denuncia di parte;

- **effettuare ispezioni presso i locali delle imprese coinvolte;**
- **chiedere l'esibizione e acquisire copia di documenti durante le ispezioni;**
- **richiedere informazioni e spiegazioni orali durante le ispezioni;**
- **inviare richieste di informazioni e di esibizione di documenti dopo la conclusione delle ispezioni;**
- **disporre misure cautelari** in presenza di un rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza.

ATTENZIONE: in caso di ispezioni, le Autorità possono acquisire tutti i documenti formati e utilizzati ai fini dell'attività dell'impresa, in formato cartaceo o digitale, di qualunque natura, compresi i documenti scambiati tramite mail e il testo stesso delle mail. Possono acquisire questi documenti presso tutti i dipendenti, indipendentemente dal livello di responsabilità e rappresentatività dell'autore del documento.

L'unica documentazione che non può essere acquisita è la corrispondenza con l'avvocato esterno dell'impresa. Al contrario, i documenti redatti da avvocati interni alla società possono essere presi.

DIRITTO ANTITRUST, LA NORMATIVA A TUTELA DELLA CONCORRENZA SUI MERCATI ECONOMICI

8. REGOLE DI COMPORTAMENTO E CONSIGLI UTILI

Cosa possono fare le aziende per evitare la violazione del diritto antitrust?

Possono autodisciplinarsi per regolare i propri comportamenti in conformità con la normativa. Il Gruppo Acea intende garantire la conformità del proprio operato alla Normativa Antitrust prevedendo, una serie di misure, anche di tipo organizzativo, finalizzate alla prevenzione e al contrasto delle condotte illecite. Tra queste, i documenti che costituiscono il **Programma di Compliance Antitrust sono istruzioni obbligatorie impartite dall'Azienda per la conformità alla Normativa Antitrust la cui inosservanza costituisce illecito disciplinare.**

Attenzione:

I dipendenti che violano le norme, le regole contrattuali e aziendali e il Codice Etico di Acea possono incorrere in sanzioni disciplinari.

In ipotesi di avvio di un procedimento istruttorio da parte dell'AGCM contattare subito:

- Affari Legali, Societari e Servizi Corporate di ACEA SPA
- il Presidio Legale della propria Società.