

**PROFILI PROBLEMATICI INERENTI LA FORMAZIONE
DI INTESA ANTICONCORRENZIALI E
L'INTERPRETAZIONE DELL'ARTICOLO 101 TFUE.**

**COMMENTO A SENTENZA DELLA CORTE DI
GIUSTIZIA EUROPEA (DECIMA SEZIONE), CAUSA C-
68/12, 7 FEBBRAIO 2013.**

Indice

1.1 Il caso	2
1.2 Il divieto d'intese anticoncorrenziali quale tutela del Mercato: Irrilevanza degli effetti e dello stato giuridico del soggetto colpito.	4
1.3 Rilievo dei modi di formazione dell'intesa	6
1.4 Le deroghe al divieto di intese anticoncorrenziali	8

1- 2. L'articolo 101 TFUE deve essere interpretato nel senso che il fatto che un'impresa, lesa da un accordo tra imprese avente ad oggetto una restrizione del gioco della concorrenza, operasse sul mercato pertinente in modo asseritamente illegale al momento della conclusione di tale accordo non incide sulla questione se detto accordo integri una violazione di tale disposizione.

3. L'articolo 101, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che per constatare l'esistenza di un accordo restrittivo della concorrenza non è necessario dimostrare il comportamento personale del rappresentante statutario di un'impresa oppure l'assenso specifico, in forma di mandato, di tale rappresentante al comportamento di un suo dipendente che abbia partecipato a una riunione anticoncorrenziale.

4. L'articolo 101, paragrafo 3, TFUE deve essere interpretato nel senso che può essere applicato a un accordo vietato ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE soltanto qualora l'impresa che invoca tale disposizione abbia dimostrato le quattro condizioni cumulative in esso previste sono soddisfatte.

Sommario: 1.1 Il caso. – 1.2 Il divieto d'intese anticoncorrenziali quale tutela del Mercato: irrilevanza degli effetti e dello stato giuridico del soggetto colpito. – 1.3 Rilievo dei modi di formazione dell'intesa. – 1.4 Le deroghe al divieto di intese anticoncorrenziali.

1.1 IL CASO

Con la decisione del 9 Giugno 2009 la Sezione relativa agli accordi restrittivi della concorrenza dell'Autorità Garante della Concorrenza della Repubblica Slovacca condannava al pagamento di una sanzione, tre banche: la Slovenská Sporiteľňa, la

Československá Obchodná Banka a.s., e la Všeobecná úverová Banka a.s., concludendo che le stesse avevano violato l'art. 81 CE (ora 101 TFUE) per aver stipulato un accordo volto a escludere l'Akcenta CZ a.s - società operante nel mercato dei servizi bancari slovacco, fornitrice di servizi inerenti a operazioni di cambio in forma scritturale avvalendosi dei conti correnti aperti presso i suddetti istituti bancari - consistente nel risolvere i contratti stipulati con detta società e nell'impegno a non stipularne di nuovi. Il Consiglio dell'Autorità Garante della Concorrenza Slovaca, organo di secondo grado in tali procedimenti, adito dalla Slovenská Sporiteľňa, respingeva il ricorso proposto avverso la decisione della Sezione e ne confermava la condanna.

A seguito di impugnazione della predetta decisione del Consiglio, il Tribunale regionale di Bratislava procedeva all'annullamento della stessa, con sentenza del 23 Settembre 2010, ritenendo che la Società colpita da tale accordo non fosse un istituto bancario, non fosse in possesso delle relative autorizzazioni e pertanto operasse illecitamente all'interno del mercato dei servizi bancari slovacco.

Il Consiglio, a sua volta, impugnava la sentenza del Tribunale di Bratislava presso la Corte Suprema della repubblica Slovaca sostenendo che l'Akcenta era una concorrente dei tre istituti bancari e che la mancanza dell'autorizzazione ad operare nel mercato slovacco dei servizi bancari non fosse influente ai fini dell'individuazione dell'accordo restrittivo della concorrenza, di per se illegittimo.

La Corte Suprema, dovendosi pronunciare su diversi profili di legittimità, decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia Europea diverse questioni pregiudiziali.

In particolare:

- se l'art. 101 TFUE possa interpretarsi nel senso da considerare elemento rilevante ai fini dell'individuazione di un'intesa restrittiva, il fatto che l'impresa colpita operasse illegalmente nel mercato slovacco;
- se per l'art. 101 TFUE sia giuridicamente rilevante la circostanza in base alla quale, al momento della conclusione dell'accordo, la

legalità dell'operato della concorrente non fosse messa in discussione dagli organi nazionali competenti.

- se l'art. 101 TFUE possa presupporre o meno, ai fini della rilevanza dell'intesa restrittiva, che l'accordo sia stipulato da soggetto senza mandato o comunque all'oscuro dei soci e/o dei dirigenti principali;
- sulle modalità di applicazione dell'art 101, paragrafo 3, TFUE.

1.2 IL DIVIETO D'INTESE ANTICONCORRENZIALI QUALE TUTELA DEL MERCATO: IRRILEVANZA DEGLI EFFETTI E DELLO STATO GIURIDICO DEL SOGGETTO COLPITO.

In merito alla prima e seconda questione la Corte compie molteplici considerazioni di ampia portata nell'esame dell'art. 101 paragrafo primo TFUE.

Il divieto d'intese restrittive della concorrenza, rileva quale sistema di eccezione legale, vale a dire un sistema in base al quale tutte le intese che non rispettino le condizioni del paragrafo terzo dell'art. 101 TFUE sono vietate senza che intervenga alcuna decisione in tal senso¹, basato sulla *rule of reason* di matrice statunitense², il cui compito è quello di tutelare il mercato non risultando influenti, pertanto, né lo *status* giuridico dei soggetti nei confronti dei quali è rivolto l'accordo restrittivo né gli effetti concretamente raggiunti dall'intesa illegittima.

Non è, dunque, necessario che l'intesa vada a dispiegare i suoi effetti restrittivi della concorrenza all'interno del mercato, bastando ai fini della configurazione dell'illecito, l'idoneità oggettiva, come nel caso di specie, ad alterare la concorrenza ed a incidere sul mercato³.

¹ S. BASTIANON, *Diritto antitrust dell'Unione Europea*, 2011, Milano, pp. 29 – 30.

² P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, 2010, Bologna, p. 59.

³ A. ASSENZA, B. CARUSO, *Le intese restrittive della concorrenza (secondo semestre 2009 e 2010)* in AA.VV., *Concorrenza e Mercato*, 2011, Milano, p.

In merito vi è anche una Comunicazione della Commissione in base alla quale «Le restrizioni della concorrenza per oggetto sono quelle che per la loro stessa natura possono restringere la concorrenza. Si tratta di restrizioni che, alla luce degli obiettivi e delle regole di concorrenza comunitarie, hanno una potenzialità talmente alta di produrre effetti negativi sulla concorrenza che è inutile, ai fini, dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, dimostrare l'esistenza di effetti specifici sul mercato.»⁴

Tale caratteristica della “per sé condemnation theory”, risponde, come sopra anticipato, ad esigenze di tutela della struttura di mercato.

Parimenti irrilevante, alla luce delle considerazioni di cui sopra, è lo *status* giuridico del soggetto colpito dall'intesa restrittiva, potendo ben essere lo stesso illegale o operante in maniera illecita, giacché l'accordo restrittivo rileva di per sé quale elemento perturbativo del mercato che va a minare la struttura e la stabilità dello stesso⁵.

Tanto più se, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, in ambito europeo l'impresa è individuata mediante una definizione così ampia ed elastica, tale da ricomprendere qualsiasi attività di produzione di beni e servizi dietro corrispettivo⁶.

Nel caso di specie, allora, ininfluyente è il fatto per il quale l'Istituto di credito colpito dall'accordo restrittivo operasse illegalmente nel mercato dei servizi bancari slovacco, essendo tale profilo

78; per la giurisprudenza si vedano *ex multis*: sentenza del 13 luglio 1966, *Consten e Grundig c/Commissione*, Cause 56/64 e 58/64; sentenza dell' 8 dicembre 2011, *KME Germany* e altri c/ Commissione, Causa C- 389/10 P.

⁴ Comunicazione della Commissione, *Linee Diretrici*, cit. nota 115, par. 21.

⁵ ASSENZA, CARUSO, *op.cit.*, p. 78.

⁶ C. CASTRONUOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di Diritto Privato Europeo*, Voll. III, 2007, Milano, p.173; per la giurisprudenza si veda: sentenza del 23 aprile 1991, *Hoefner and Elser v. Macrotron GmbH*, Caso C-41/90, par. 21 “The concept of an undertaking encompasses every entity engaged in an economic activity regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed.”

sanzionabile in altre sedi e comunque elemento irrilevante ai fini di indicare la presenza di un'intesa vietata ex art. 101 paragrafo uno TFUE.

Per determinare, pertanto, la presenza di un'intesa anticoncorrenziale non è necessario compiere una prognosi postuma per valutare se gli effetti abbiano determinato dei mutamenti all'interno del mercato o valutare la natura illecita o meno dell'intesa stessa in base allo *status* giuridico del soggetto colpito poiché unico elemento rilevante è l'oggettività dell'accordo potenzialmente idoneo a colpire la struttura del libero mercato ed a influenzare la condotta di altri imprenditori⁷; affinché, infatti, via sia illecito anticoncorrenziale è sufficiente che l'intesa, ancorché potenzialmente, vada ad incidere sulla libera concorrenza all'interno di un mercato rilevante, essendo del tutto ininfluenti elementi di tipo soggettivo⁸.

1.3 RILIEVO DEI MODI DI FORMAZIONE DELL'INTESA.

Sulla terza questione pregiudiziale, la Corte afferma che non è di alcuna rilevanza il fatto che il dipendente senza mandato di una delle tre società sanzionate, che abbia preso parte alla riunione volta a siglare l'accordo anticoncorrenziale, fosse privo di poteri e che conseguentemente l'istituto bancario non potesse essere considerato responsabile.

Sul punto è da rilevarsi, infatti, che la giurisprudenza sia concorde nel ritenere che innanzitutto non sia necessario, ai fini dell'individuazione di un'intesa anticoncorrenziale, che vi sia consapevolezza dei soci o dei dirigenti, rilevando esclusivamente il dato concreto dell'assenso di un soggetto, interno all'impresa, in grado di porre in essere ogni azione idonea a definire un accordo

⁷ Relazione annuale AGCM, 1995, pp. 117-119.

⁸ Cons. St., Sezione VI, sentenza del 16 settembre 2011 n. 5171, *Listino prezzi pasta*.

anticoncorrenziale⁹.

Del resto, la partecipazione ad accordi vietati dall'art. 101 TFUE, nella maggior parte dei casi è attività clandestina che non trova riscontro in alcuna disciplina e pertanto sarebbe paradossale eccepire regole formali disciplinanti fattispecie contrattuali in un contesto di totale illiceità o più in generale che coinvolge qualsiasi tipo di attività volta al raggiungimento di un accordo illecito; attività che, per loro natura, non sono regolamentate.

L'accordo anticoncorrenziale, in genere, non costituisce fattispecie contrattuale a cui si può applicare la disciplina dei contratti¹⁰, infatti esso, solitamente, rileva quale attività oggettiva e comportamentale piuttosto che formale¹¹.

Ciò si evince, anche, dalla stessa lettura dell'art. 101 paragrafo 1 TFUE, il quale fa espresso riferimento al termine, di per sé neutro, di accordo, che seppur evocante il nucleo sostanziale della fattispecie contrattuale, è termine di certo più elastico e volto a ricomprendere anche qualsiasi altro tipo di pattuizione, comportamento concludente, mere accettazioni, comportamenti di fatto o attività illecite, fattispecie che non trovano tutela in via giurisdizionale o rispondono a regole giuridiche¹².

L'intesa anticoncorrenziale, infatti, non va disciplinata come un contratto che venga stipulato formalmente fra le parti che vi aderiscono; bensì nella quasi totalità dei casi, essa è rilevata mediante valutazione di attività eterogenee fra loro che, però, nel

⁹ Sentenza del 7 giugno 1983, C 100 – 103/80, *Musique Diffusion française e Altri c/ Commissione*, Racc. pag. 1825, punto 97.

¹⁰ V. MANGINI, G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, IV ed., 2012, Torino, p. 26.

¹¹ C. D'AMORE, *La giurisprudenza amministrativa sulla legge antitrust (anno 2011)* in AA.VV., *Concorrenza e mercato: Antitrust, Regulation, Consumer Welfare, Intellectual Property*, 2012, Milano, pp. 256 – 259; per la giurisprudenza si veda: Cons. St., Sezione VI, sentenza del 13 maggio 2011 n. 2925, *Costa Container Lines/ Sintemar – Terminal Darsena Toscana*.

¹² G. GUIZZI, *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti* in *Quaderni Romani di Diritto Commerciale* a cura di B. LIBONATI, P. FERRO – LUZZI, 2010, Milano, pp. 80 – 81.

loro complesso individuano un accordo anticoncorrenziale¹³.

Vi è accordo restrittivo della concorrenza quando le imprese coinvolte raggiungano una qualsiasi forma di consenso, senza che occorra una forma scritta, un'adesione formale, né che vi siano verifiche sui poteri dei rappresentanti; poiché esso non è un contratto, bensì un tipo d'incontro di volontà assimilabile alla figura del *gentlemen' agreement*¹⁴.

Tale strada interpretativa è stata seguita anche dalla giurisprudenza italiana, nello specifico dal Supremo Consesso amministrativo il quale ha statuito che per accordo anticoncorrenziale s'intende «qualsivoglia incontro di volontà proveniente da una pluralità di soggetti indipendenti, che può estrinsecarsi anche nell'attuazione di fatto di una semplice lettera d'intenti, oppure ad un'acquiescenza tacita ad una proposta altrui, a prescindere dalla circostanza che abbia dato luogo ad obbligazioni giuridicamente vincolanti alla stregua di un vero e proprio contratto¹⁵.»

1.4 LE DEROGHE AL DIVIETO DI INTESE ANTICONCORRENZIALI.

Riguardo l'ultima questione pregiudiziale, la Corte compie una ricognizione sull'applicabilità del paragrafo 3 dell'art. 101 TFUE, specificandone i termini di applicazione.

Il regime introdotto dal paragrafo terzo del suddetto articolo, è di eccezione legale, ovvero esso è concesso in via tassativa a condizione che l'accordo restrittivo presenti cumulativamente, e non alternativamente, le quattro condizioni di esenzione, vale a dire due condizioni positive: miglioramento della produzione,

¹³ Sentenza del 27 giugno 2012, C T-439/07, *Coats Holdings Ltd.*

¹⁴ TODINO, FATTORI, *op. cit.*, pp. 70 – 71; per la giurisprudenza si vedano le sentenze del 15 luglio 1970, *ACF/ Chemifarma C -41/69*; *Buchler, C -44/69*; *Boebringner C -45/69*, Racc. pp. 661, 733 e 769.

¹⁵ Cons. St., Sez. VI, sentenza del 13 settembre 2012 n. 4873, *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato*; riguardo la rilevanza esterna della formazione delle intese si veda: Tar Lazio, Sez. I, sentenza del 11 aprile 2012 n.3270, *S.p.a. Sara Lee Household And Body Care Italy*.

distribuzione e promozione dei prodotti e del progresso tecnico, rispetto dell'obiettivo redistributivo, riservando agli utilizzatori una parte di utile; due condizioni negative: non indispensabilità della restrizione, l'accordo non deve essere idoneo ad eliminare la concorrenza¹⁶.

Tale eccezione si applica quando uno dei soggetti parte dell'accordo provi che le quattro condizioni siano rispettate; pertanto se un accordo è sanzionato come anticoncorrenziale è implicito che l'accertamento sia stato già compiuto e che le parti non abbiano dimostrato con prove valide la presenza delle quattro condizioni di cui sopra.

Non è necessario, dunque, compiere un'istruttoria completa una volta accertato che l'intesa restrittiva, pur rispettando una delle condizioni derogatrici, non contempra le altre, essendo esse tassative ai fini della tutela del mercato, che non può essere alterato da accordi che non presentino caratteristiche di assoluta eccezionalità¹⁷.

¹⁶ MANGINI, OLIVIERI, *op. cit.*, pp. 48 -49.

¹⁷ Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, 2011/C 11/01.

