

Linee guida della Commissione UE 2023 in materia di accordi orizzontali: nuove e più chiari indicazioni per le aziende e le associazioni di imprese che desiderano scambiare informazioni e cooperare per essere più competitivi.

DARIO PASCHETTA* E MARIAGRAZIA BERARDO**

INDICE

1. Gli accordi di cooperazione orizzontali come strumenti di rafforzamento della concorrenza e le Linee Guida della Commissione UE 2023. 2. Lo scambio di informazioni. 3. Gli accordi di acquisto in comune. 4. Gli accordi di commercializzazione in comune e consorzi di offerta nelle gare. 5. Alcune considerazioni finali.

1. Gli accordi di cooperazione orizzontali come strumenti di rafforzamento della concorrenza e le Linee Guida della Commissione UE 2023.

Al giorno d'oggi le imprese, a prescindere dal settore in cui operano come pure dalla loro struttura e dimensione, si trovano sempre più frequentemente nella necessità di cooperare fra di loro e spesso a farlo con imprese concorrenti o potenzialmente tali. Un dato livello di cooperazione può a determinate condizioni comportare dei precisi benefici economici e industriali, quali, ad esempio, la condivisione dei rischi, la realizzazione di economie di scala o di scopo, la messa in comune di un *know-how*, l'accesso ad appalti pubblici di lavori o di forniture o la possibilità di lanciare più rapidamente sul mercato innovazioni o nuovi prodotti.

Tutto ciò è vero soprattutto per le piccole e medie imprese, per le quali la cooperazione costituisce un importante, spesso necessario, strumento che permette di ridurre gli svantaggi competitivi legati ad una piccola o media dimensione produttiva e, allo stesso tempo, di adeguarsi all'evoluzione del mercato.

Sotto il profilo antitrust, pur non essendoci una definizione giuridica precisa degli accordi di cooperazione nel diritto comunitario della concorrenza, in linea generale, può dirsi che tale nozione comprenda l'insieme degli accordi volti principalmente al raggiungimento di obiettivi di razionalizzazione ed ottimizzazione del funzionamento delle imprese che vi partecipano a diversi livelli dell'attività imprenditoriale. Gli esempi più ricorrenti nella prassi sono la cooperazione nella fase di ricerca e sviluppo, oppure in quella della produzione o di approvvigionamento (acquisto degli input necessari per la produzione) ed infine in quello della commercializzazione dei prodotti o erogazione dei servizi (appalti di servizi) e di esecuzione di opere (appalti d'opera), nonché a quelli di normazione. La cooperazione tra imprese nelle diverse declinazioni in cui si realizza include molto spesso uno scambio di informazioni tra le parti ed in alcuni casi detta cooperazione può consistere in maniera sostanziale nello scambio di informazioni.

* Avvocato, L.L.M. - LSE, FVA Law Studio Legale Torino – partner (www.fvalaw.it), Socio AIRU, dario.paschetta@fvalaw.it.

** Avvocato, FVA Law Studio Legale Torino - associate, mariagrazia.berardo@fvalaw.it

Gli accordi di cooperazione orizzontali, cioè quelli che coinvolgono imprese che operano su uno stesso livello del mercato, pur non costituendo un'unica categoria tipicizzata nell'ambito del diritto comunitario della concorrenza, sono suscettibili di rientrare nell'ambito d'applicazione del divieto di costituire intese e/o pratiche concordate tra imprese previsto dall'art. 101.1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). Nondimeno tale genere di accordi presentano certe caratteristiche che li distinguono dalle altre categorie di accordi che rientrano nell'ambito di applicazione del predetto divieto nella misura in cui, come riconosciuto sia dalla Commissione europea sia da autorevole dottrina, lo scopo comune perseguito e l'oggetto della cooperazione *“non è quello di restringere la concorrenza, ma di accrescere l'efficienza delle imprese partecipanti razionalizzando la loro attività o unendo le forze in modo da poter fare ciò che singolarmente non potrebbero fare”*¹.

Proprio in ragione delle efficienze e dei miglioramenti che questa categoria di accordi apporta alla concorrenza si è nel tempo riconosciuto che tutte le volte in cui gli accordi di cooperazione prevedono delle restrizioni alla concorrenza, essi possono in molti casi beneficiare dell'esenzione prevista dall'art. 101.3 TFUE, in forza del quale – come noto – sono esentati dal divieto di intese quegli accordi e/o pratiche concordate ove si possa dimostrare che le restrizioni abbiano degli effetti pro competitivi in termini di miglioramento della produzione o di distribuzione o ancora promuovano il progresso tecnico o economico, sono indispensabili per raggiungere gli obiettivi di efficienza riservando ai consumatori una congrua parte dei benefici che ne derivano e, infine, l'accordo non elimina la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti e/o servizi interessati.

Nel 2011 la Commissione ha adottato delle linee guida dedicate agli accordi di cooperazione con l'obiettivo di fornire alle aziende delle indicazioni utili per la valutazione della compatibilità con il diritto della concorrenza europeo di tali accordi e, quindi, porre in essere degli accordi di cooperazione che siano legittimi e non vietati dal diritto antitrust comunitario.

L'approccio valutativo delineato dalla Commissione si divide in due fasi. La prima in cui l'impresa deve valutare se l'accordo abbia un oggetto anticoncorrenziale o effetti restrittivi sulla concorrenza. La seconda, invece, si rende necessaria solo se la prima fase dell'analisi evidenzia delle possibili restrizioni ed è diretta a valutare se in applicazione dell'art. 101.3 TFUE gli effetti favorevoli che l'accordo genera superano quelli restrittivi. Questa valutazione degli effetti pro competitivi deve essere effettuata secondo un giudizio *ex post* che tenga in conto la situazione che si verrebbe a creare senza l'accordo secondo un ragionamento controfattuale.

¹ A. FRIGNANI M TORSELLO, *Il contratto internazionale: diritto comparato e prassi commerciale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da F. GALGANO), Vol XII, ed. II, CEDAM, 2010, p. 858 e ss.

A giugno 2023 la Commissione ha confermato l'adozione di linee guida specifiche per gli accordi orizzontali ("Linee Guida")² procedendo però ad un loro aggiornamento alla luce sia dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, su tutte le sentenze nei *leading case* "*Groupement des cartes bancaires*" (C-67/13) e "*Allianz Hungaria Biztosító*" (C-31/11) con cui la Corte ha delineato in modo più chiaro gli elementi che occorre esaminare per stabilire se un accordo può dirsi avere un oggetto anticoncorrenziale (§ 26 e ss.), sia dello sviluppo dei mercati digitali e delle tecnologie dell'ultimo decennio.

Le Linee Guida 2023, pur mantenendo lo stesso impianto concettuale, presentano diverse novità e chiarimenti che sono utili a superare alcuni dubbi interpretativi ed applicativi emersi in sede di attuazione delle Linee Guida 2011. Poiché gli aggiornamenti sono molteplici nella prima parte di questo contributo si analizzeranno gli aspetti innovativi concernenti lo scambio di informazioni, che anche nell'edizione del 2023 continua ad essere un "*burning issue*", mentre nella seconda parte si illustreranno i maggiori cambiamenti introdotti in tema di accordi di acquisto e commercializzazione in comune.

2. Lo scambio di informazioni.

Una delle modifiche più rilevanti consiste nella revisione del capitolo 6 dedicato allo scambio di informazioni, fattispecie che può rientrare nell'applicazione dell'articolo 101 TFUE, nel caso in cui costituisca e/o faccia parte di un accordo tra imprese, di una pratica concordata e/o di una decisione di un'associazione di imprese, specie ove riguardi informazioni sensibili dal punto di vista commerciale.

In continuità con il passato e la giurisprudenza della Corte di Giustizia, nelle nuove Linee guida viene ribadito il concetto secondo cui è un principio cardine della concorrenza che ciascuna impresa determini in modo indipendente il proprio comportamento economico sul mercato. Questo principio, tuttavia, non impedisce alle imprese di adeguarsi in modo intelligente al comportamento esistente o atteso dei loro concorrenti.

La Commissione continua a riconoscere che lo scambio di informazione è un tratto comune di molti mercati concorrenziali e può determinare vari tipi di incrementi di efficienza (§373) come, per esempio, avviene nei mercati digitali dove è sempre più diffusa la condivisione di dati "grezzi" che sono usati per orientare il processo decisionale delle imprese attraverso l'uso di tecniche di analisi dei big data "big data" e di apprendimento automatico.

Ciò nonostante, poiché lo scambio di informazioni può aumentare artificiosamente la trasparenza tra concorrenti che può, a sua volta, generare un effetto collusivo tra gli operatori di un mercato. Per tale motivo continuano ad essere vietati scambi, diretti o indiretti, di informazioni sensibili dal punto

² COMMISSIONE UE, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, in *Official Journal*, C-259, 21.7.2023, p. 1–125.

di vista commerciale atti ad influenzare il comportamento che si intende tenere sul mercato qualora tali contatti abbiano l'oggetto, o producano l'effetto, di realizzare condizioni di concorrenza diverse da quelle normali (§374).

Rispetto alla precedente versione delle Linee Guida del 2011, tale capitolo è stato rivisto ed ampliato in modo sostanziale dalla Commissione non solo per tenere adeguatamente in considerazione i nuovi metodi di condivisione di dati ed informazioni resi possibili dallo sviluppo tecnologico e l'evoluzione giurisprudenziale in materia, ma anche per fornire alle imprese indicazioni e strumenti pratici per comprendere meglio la rilevanza della fattispecie ai fini antitrust ed evitare il rischio di infrazioni.

Tra le numerose novità introdotte meritano particolare attenzione:

- (a) l'estensione della nozione di “*informazioni*” e di “*scambio di informazioni*” (§ 367) e la definizione di una più chiara nozione di “*informazioni sensibili sul piano commerciale*” (§ 6.2.3.1);
- (b) la più precisa individuazione dei contesti in cui si può verificare uno scambio di informazioni rilevante ai fini dell'art. 101 TFUE (§ 369, 371 e 372) e dei casi in cui uno scambio di informazioni può costituire una restrizione per oggetto (§ 413 ss.);
- (c) l'introduzione di sezioni dedicate a misure pratiche, esempi e strumenti di valutazione per consentire alle imprese di orientarsi ed evitare di incorrere in sanzioni (§

Per quanto riguarda la nozione di “*informazioni*” e di “*scambio di informazioni*” la Commissione è intervenuta estendendola alla condivisione fisica e digitale di tipologie di dati non contemplate nella precedente versione delle Linee Guida 2011, quali:

- i dati grezzi, ossia quei contenuti digitali che necessitano di ulteriori elaborazioni / trattamenti;
- i dati pretrattati, già preparati e convalidati;
- i dati manipolati per produrre informazioni significative;
- qualsiasi altra tipologia di informazione digitale e non.

La Commissione ha inoltre meglio chiarito che cosa si deve intendere per “*informazioni sensibili sul piano commerciale*”, grazie anche ad una serie di esempi pratici, volti a consentire alle imprese di comprendere meglio quali informazioni rientrano effettivamente in una fattispecie che nella precedente versione del 2011 era genericamente definita come un insieme di informazioni utili sotto il profilo strategico.

Le nuove Linee Guida precisano ora che poter considerare un'informazione sensibile dal punto di vista commerciale è necessario che tale informazione “*incida sulla strategia commerciale dei concorrenti creando o essendo suscettibile di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato di cui trattasi, tenuto conto della natura della merce e delle*

prestazioni fornite, della grandezza e del numero delle imprese coinvolte e del volume di tale mercato” e che il relativo scambio riduca *“l’incertezza in merito al funzionamento del mercato in questione”* (§ 384).

Si tratta pertanto di tutte quelle informazioni strategiche che in un mercato realmente concorrenziale un’impresa ha evidentemente interesse a difendere e a non divulgare a propri potenziali concorrenti. Per questo lo scambio di tali informazioni può rilevare ai sensi dell’art. 101.1 TFUE a prescindere dalla veridicità o meno delle stesse così come dal fatto che le imprese coinvolte abbiano tratto o meno qualche vantaggio dal loro scambio, in quanto ciò non elimina di per sé il rischio che tali informazioni possano alterare il comportamento dei concorrenti sul mercato. Ad incidere sulla rilevanza ai fini antitrust dello scambio può invece incidere il carattere pubblico, l’età e soprattutto la natura individualizzata e/o aggregata delle informazioni. E’ evidente, infatti, che più le informazioni sono difficilmente accessibili, recenti e dettagliate maggiori sono i rischi che il loro scambio possa alterare e/o sfalsare la concorrenza; al contrario se i dati sono facilmente accessibili (in termini di costi), risalenti nel tempo, aggregati (privi di dettagli specifici e/o individuali) e/o grezzi è maggiormente improbabile (salvo casi particolari) che lo scambio possa rilevare ai fini antitrust.

Tra gli esempi di informazioni generalmente considerate sensibili dal punto di vista commerciale citati dalla Commissione si trovano quelle relative a prezzi, costi, capacità di produzione, quantitativi, quote di mercato, clienti, progetti di ingresso e/o uscita da mercati (§ 385). Non sono invece normalmente considerate tali le informazioni inerenti al funzionamento generale e/o allo stato di industria, a questioni di ordine pubblico o di regolamentazione o ancora a questioni tecniche non riservate che interessano in generale l’industria (ad esempio standard di settore), nonché quei dati didattici / tecnici / scientifici non strategici che comportano vantaggi per i consumatori e quelle informazioni non strategiche che sono necessarie per creare nuovi partenariati commerciali tra imprese (§ 386).

Altra novità delle nuove Linee Guida è la più precisa individuazione dei contesti in cui si può verificare uno scambio di informazioni rilevante ai fini antitrust. In particolare, la Commissione ha ora chiarito che tale scambio può avvenire non solo direttamente tra concorrenti (come divulgazione unilaterale e/o scambio bilaterale / multilaterale), ma anche:

- indirettamente tramite algoritmi (es. uno strumento condiviso per il monitoraggio dei prezzi in tempo reale) o i tradizionali accordi a raggiera (*“hub and spoke”*), in cui un terzo (produttore, fornitore, distributore, venditore al dettaglio comune) e/o una piattaforma *online* fanno da fulcro (*hub*), trasmettendo informazioni e/o facilitando la condivisione di informazioni (§ 402);
- nell’ambito di altri tipi di accordi di cooperazione orizzontale (come ad esempio accordi di acquisto, produzione e/o commercializzazione in comune) e/o di processi di acquisizione, ove

lo stesso, a seconda dei casi, non sia oggettivamente necessario / proporzionato all'attuazione e/o agli obiettivi dell'accordo / dell'acquisizione (§ 369 e § 371);

- nel contesto di iniziative di regolamentazione, ove uno scambio di informazioni potenzialmente legittimo può sconfinare in una collusione se va oltre quanto strettamente richiesto dal regolamento applicabile.

Con riferimento agli algoritmi di ottimizzazione condivisi che consentono il monitoraggio dei prezzi dei concorrenti sul *web* e uniformano in modo unilaterale i prezzi sulla base di dati sensibili dal punto di vista commerciale provenienti dai concorrenti, la Commissione evidenzia che “*sebbene l'utilizzo di dati pubblicamente disponibili per alimentare il software sia legale*” (§402) le imprese potrebbero essere ritenute responsabili di violazioni del diritto della concorrenza se i loro strumenti di fissazione dei prezzi fossero in grado di impegnarsi in strategie di comunicazione illegali con altri strumenti di fissazione del prezzo. Le Linee Guida 2023, tuttavia, non danno indicazioni più specifiche su questo punto se non indicando genericamente che “*l'impresa che condivide le informazioni non commetterà una violazione se il terzo ottiene le informazioni sensibili dal punto di vista commerciale di tale impresa e, senza averla informata, le trasmette ai suoi concorrenti*” (§403)³.

In merito alle riunioni tra rappresentanti di imprese per la partecipazione in modo attivo alle consultazioni indette dai legislatori, siano essi nazionali o europei, la Commissione ribadisce che lo scambio di informazioni sulle strategie di mercato nell'ambito di attività di lobbismo legislativo potrebbe indurre le imprese coinvolte a raggiungere un'intesa comune per non commercializzare più una determinata categoria di prodotti che presentano requisiti / caratteristiche superiori a quelle richieste dalla nuova normativa, con conseguente limitazione della concorrenza a discapito dei consumatori (§ 372 e § 415). Su questo fronte, tuttavia, è da apprezzare due chiarimenti pratici inseriti nelle Linee Guida 2023 dove si riconosce, da un lato, che il criterio decisivo per valutare la legittimità dello scambio informativo è la natura dei contatti e non la loro frequenza⁴ e, dall'altro, che ove le imprese per raggiungere una posizione comune sulle future proposte legislative, si scambiano alcune informazioni relative alle caratteristiche ambientali dei loro prodotti esistenti, tale scambio non costituisce una restrizione ai sensi dell'articolo 101.1TFUE “*Nella misura in cui tali informazioni sono storiche e non consentono alle imprese di venire a conoscenza delle strategie di mercato previste dai loro concorrenti*” (§415).

Rispetto alla precedente versione del 2011, le nuove Linee Guida si caratterizzano poi per un approccio più rigoroso in materia della nozione di scambi di informazioni che possono costituire

³ Impostazione che richiama la sentenza resa dalla Corte di Giustizia il 21 luglio 2016, nel caso “*VM Remonts e a.*”, C-542/14, §30.

⁴ Trib. UE, sentenza 7 novembre 2019, *Campine e Campine Recycling/commissione*, T-240/17, §308 disponibile su www.curia.eu.

restrizioni per oggetto e quindi essere vietati senza necessità di valutarne gli effetti. In linea con la posizione più volte espressa dalla Corte di Giustizia, la Commissione ha infatti ora chiarito che non è richiesto alcun nesso diretto tra le informazioni scambiate ed i prezzi al consumo e che il criterio decisivo da valutare non è la frequenza dei contatti quanto la loro natura.

Per aiutare le imprese a comprendere meglio quando uno scambio di informazioni costituisce una restrizione per oggetto la Commissione ha riportato una serie di esempi tratti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (§ 414), chiarendo che si considerano generalmente tali gli scambi tra concorrenti di informazioni su:

- (a) la fissazione dei prezzi concorrenti e/o l'intenzione di fissare in futuro i prezzi di un'impresa;
- (b) le capacità produttive, la strategia commerciale o le previsioni sulla domanda attuali e/o future di un'impresa;
- (c) le previsioni sui dati delle vendite future;
- (d) le future caratteristiche di prodotti rilevanti per i consumatori⁵.

Sempre nell'ottica di supportare le imprese, nelle nuove Linee Guida la Commissione ha inoltre fornito indicazioni sulle misure pratiche che possono essere attuate dalle imprese per evitare il rischio di infrazioni, limitando l'accesso ad informazioni, controllandone le modalità di utilizzo e/o prevenendone la divulgazione al pubblico (§ 6.2.4.4.), tra cui:

- il ricorso a c.d. “*clean team*” (ossia a gruppi ristretti di soggetti interni all'impresa, che non partecipano all'attività di quest'ultima e sono tenuti a rispettare rigorosi obblighi di riservatezza in materia di informazioni sensibili dal punto di vista commerciale, a cui spesso si ricorre nelle operazioni di M&A) o a terzi indipendenti fiduciari per garantire che le informazioni condivise ai fini di un accordo di cooperazione orizzontale siano scambiate in modo aggregato e nei limiti del principio del “*need to know basis*”, ossia della necessità del sapere (§ 407);
- la gestione di accordi di condivisione reciproca di dati (es. *pool* di dati) in modo tale da consentire ai partecipanti solo l'accesso alle proprie informazioni ed a quelle finali aggregate degli altri partecipanti, anche tramite misure tecniche e pratiche per non consentire l'accesso in modo individuale ad informazioni sensibili dal punto di vista commerciale (§ 408);
- esaminare in anticipo l'ordine del giorno di incontri / riunioni con concorrenti attuali e/o potenziali per ridurre il rischio di rivelare informazioni sensibili dal punto di vista commerciale, valutando a tal fine anche l'opportunità di farsi assistere durante la riunione da avvocati specializzati (§ 409);

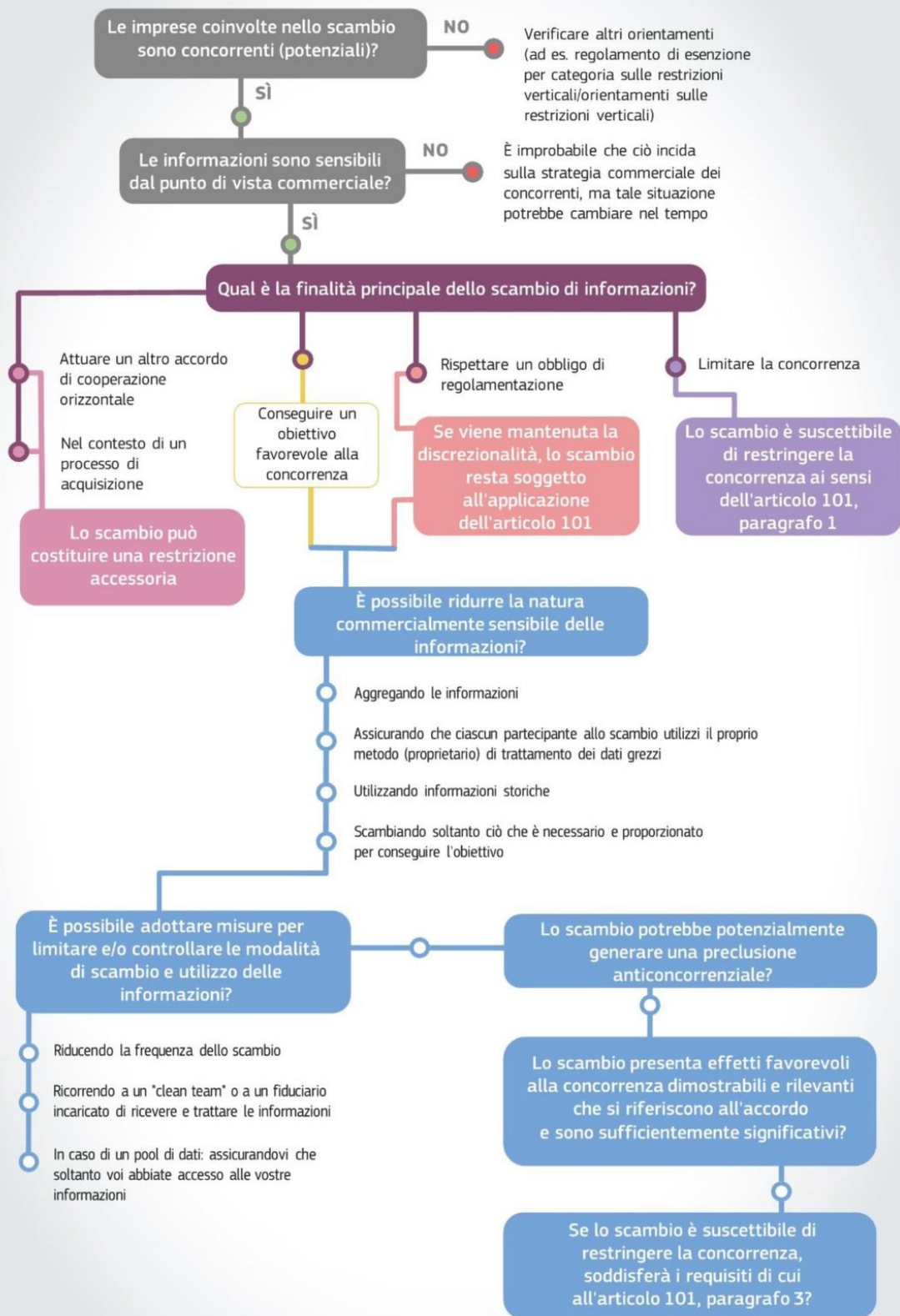
⁵ Per un approfondimento delle singole fattispecie si vedano: Trib. UE, sentenza 8 luglio 2020, *Infineon Technologies/Commissione*, T-758/14, §§ da 70 a 98, Trib UE, sentenza 9 settembre 2015, *Samsung SDI e a./Commissione*, T-84/13 e decisione Commissione UE 8 luglio 2021, *Emissioni di autovetture “Diesel gate”*, AT.40178, §§ da 84 a 107.

- evitare di annunciare pubblicamente misure strategiche correlate e/o dipendenti dalle azioni di concorrenti potenziali e/o attuali (§ 411).

Per raggiungere il medesimo obiettivo di indirizzo pratico, la Commissione fornisce una esemplificazione di incrementi di efficienza che possono essere validamente utilizzati dalle imprese nella individuazione delle motivazioni per giustificare alcuni scambi di informazioni nel nuovo mondo digitale (§425). Ad esempio *“La condivisione di dati tra i marketplace attivi nel commercio elettronico sui venditori online che attuano pratiche illegali quali la vendita di prodotti contraffatti può facilitare l'identificazione dei prodotti contraffatti da parte di singoli marketplace, proteggendo in tal modo i consumatori dall'acquisto di tali prodotti”* ed ancora *“Uno scambio di informazioni può anche ridurre la dipendenza dei consumatori da un particolare venditore (lock-in), stimolando una maggiore concorrenza. Ciò è dovuto al fatto che le informazioni sono generalmente specifiche per un determinato rapporto fornitore-cliente e i consumatori perderebbero, in assenza dello scambio, i vantaggi d'informazione creati nel loro rapporto con un fornitore quando passano ad un altro fornitore”*.

Le nuove Linee Guida forniscono inoltre per la prima volta indicazioni pratiche per consentire alle imprese di effettuare un'autovalutazione dei rischi prima di condividere informazioni sensibili dal punto di vista commerciale, tramite un diagramma di flusso (§ 434)

Fasi di autovalutazione per le imprese che intendono scambiarsi informazioni*



* Queste fasi di valutazione sono indicative e non esaustive. Rimane necessaria un'analisi caso per caso, ai sensi del capitolo 6, al fine di stabilire se lo scambio di informazioni costituisce una restrizione della concorrenza per oggetto o per effetto, nonostante l'attuazione delle misure volte a ridurre la natura commercialmente sensibile delle informazioni o a limitare e/o controllare le modalità di utilizzo delle informazioni.

ed una tabella esemplificativa della responsabilità per gli scambi di tali informazioni in vari contesti (§ 435).

Formato dello scambio	Responsabilità di A	Responsabilità di B	Responsabilità di C
Scambio diretto tra A e B	Sì	Sì	—
Scambio diretto da A a B	Sì (n. b. Se B prende pubblicamente le distanze o comunica lo scambio alle autorità, la responsabilità di A dipenderebbe dalla possibilità di constatare l'esistenza di una pratica concordata)	Se B rimane attiva sul mercato, le autorità possono basarsi sulla presunzione che essa tenga conto delle informazioni, fatto salvo il caso in cui B prenda pubblicamente le distanze o segnali lo scambio alle autorità.	—
Divulgazione pubblica da parte di A; B riceve le informazioni divulgate	Sì, se la divulgazione costituisce una pratica concordata	Può trattarsi di una pratica concordata se le autorità possono dimostrare che B ha richiesto le informazioni o le ha accettate. Le autorità possono supporre che B tenga conto delle informazioni, tranne se quest'ultima prende pubblicamente le distanze o segnala la divulgazione alle autorità.	—
Scambio indiretto da A a B, tramite C	A è responsabile se acconsente espressamente o tacitamente a che C divulghi le informazioni a B, o se era a conoscenza delle circostanze ed era disposta ad accettare il rischio	B è responsabile se ha chiesto o accettato le informazioni e vi ha dato seguito. Le autorità possono supporre che B tenga conto delle informazioni, tranne se quest'ultima prende pubblicamente le distanze o segnala la divulgazione alle autorità.	C è responsabile in veste di facilitatrice se era a conoscenza degli obiettivi anticoncorrenziali di A e ha inteso contribuire a tali obiettivi

Si tratta di una novità particolarmente significativa, data la rilevanza che l'autovalutazione assume ai fini della valutazione ai fini antitrust dello scambio di informazioni: a differenza di altre fattispecie disciplinate dalle Linee Guida, lo scambio di informazioni non beneficia infatti di alcuna zona di sicurezza generale (c.d. *safe harbour*), in quanto, come evidenziato dalla Commissione, non è mai possibile escludere a priori che tale scambio possa avere irreversibili effetti significativi sulla concorrenza, anche nel caso in cui le imprese coinvolte detengano quote di mercato relativamente piccole. Da qui l'importanza che le imprese siano in grado di valutare concretamente i rischi in cui possono incorrere e le misure da attuare per prevenirli.

3. Gli accordi di acquisto in comune.

Altro capitolo su cui è intervenuta la Commissione è quello dedicato agli accordi orizzontali di acquisto in comune (§4), fattispecie che, anche se generalmente può apportare benefici sia alle imprese che ai consumatori (es. migliori condizioni di acquisto, economie di scala condivise, prezzi

più bassi, varietà più ampia e/o miglior qualità di prodotti), in determinate circostanze può avere effetti restrittivi della concorrenza.

La precedente versione delle Linee Guida si concentrava principalmente sull'individuazione di tali circostanze e dei possibili effetti restrittivi degli accordi d'acquisto sui mercati di d'acquisto a monte e/o su quelli a valle (fissazione dei prezzi, limitazione della produzione dovuta alla scelta di stabilire il volume di prodotti da immettere sul mercato, ripartizione di ordini / clienti, scambio di informazioni strategiche), individuando una zona di sicurezza (*safe harbour*), delimitata al 15% della quota di mercato detenuta congiuntamente dalle parti coinvolte nell'accordo sui mercati di acquisto e di vendita rilevanti.

Tuttavia, come rilevato dagli *stakeholders* durante il percorso di consultazione pubblica avviato dalla Commissione per la revisione delle Linee Guida, permanevano profili di incertezza sulla distinzione tra accordi di acquisto ed i cartelli tra acquirenti e non veniva presi adeguatamente in considerazione i potenziali effetti negativi sui fornitori.

Con le nuove Linee Guida, la Commissione è pertanto intervenuta per fornire indicazioni aggiuntive su questi aspetti, lasciando invece inalterata la zona di sicurezza, per cui è stata confermata la soglia di una quota combinata inferiore al 15% sui mercati rilevanti (sia d'acquisto sia di vendita; § 291).

Anzitutto, la Commissione ha chiarito che gli accordi di acquisto in comune possono consistere non solo nell'effettivo acquisto congiunto di prodotti / servizi da un fornitore, ma possono anche solo limitarsi alla negoziazione congiunta dei prezzi, termini e/o condizioni d'acquisto, lasciando ai singoli partecipanti la conclusione delle operazioni d'acquisto vere e proprie (§ 274).

Nelle nuove Linee Guida sono state meglio evidenziate le distinzioni tra gli accordi di acquisto in comune ed i c.d. cartelli tra acquirenti (§ 4.2.2), evidenziando come questi ultimi si differenziano dai primi in quanto:

- restringono la concorrenza per oggetto in violazione dell'art. 101.1 TFUE, mentre gli accordi di acquisto possono generalmente costituire solo una restrizione per effetto se i partecipanti detengono congiuntamente una quota combinata sui mercati rilevanti superiore al 15% (salvo nel caso in cui siano volti a mascherare l'attuazione di un cartello);

- sono pratiche finalizzate a coordinare la condotta concorrenziale individuale dei partecipanti sul mercato, influenzando le rispettive negoziazioni commerciali individuali (es. tramite lo scambio di informazioni sullo status delle trattative) e prescindono pertanto dalla negoziazione congiunta, che è invece elemento caratterizzante degli accordi di acquisto in comune.

Al fine di aiutare le imprese a comprendere meglio le differenze tra le due fattispecie, la Commissione ha anche indicato alcuni fattori (non esaustivi) in presenza dei quali è meno probabile che un accordo di acquisto costituisca in realtà un cartello tra acquirenti (§ 282), ossia:

- il presentarsi chiaramente ai fornitori come gruppo d'acquisto, indicando loro le trattative sono condotte per conto dei membri di tale gruppo, i quali sono vincolati ai termini e alle condizioni concordate per i loro singoli acquisti;
- l'acquisto per conto dei membri da parte dell'accordo di acquisto in comune;
- la definizione per iscritto da parte dei membri della forma, della portata e del funzionamento della loro cooperazione per consentire una verifica dello stesso a posteriori (fortemente raccomandata dalla Commissione).

Al contrario, è altamente probabile che un accordo d'acquisto sia in realtà un cartello tra acquirenti nel caso in cui lo stesso preveda:

- lo scambio di informazioni sensibili dal punto di vista commerciale (es. volumi e/o prezzi d'acquisto; § 281);
- l'adozione di pratiche concordate, come ad es. l'esclusione dal mercato di un concorrente attuale e/o potenziale (c.d. boicottaggio orizzontale; §284).

Rispetto alla precedente versione del 2011, nelle nuove Linee Guida sono stati individuati ed illustrati in modo più chiaro quali sono i fattori e le circostanze per valutare gli eventuali effetti restrittivi che un accordo d'acquisto in comune può avere sui mercati a monte (ossia sui fornitori) ove i partecipanti detengano una quota di mercato superiore alla zona di sicurezza del 15%.

Quattro sono in particolare le circostanze individuata dalla Commissione in cui il potere d'acquisto dei membri di accordo d'acquisto comune può danneggiare danni ai fornitori e, di conseguenza, anche i consumatori a valle:

- (i) la mancata detenzione da parte dei fornitori di un potere di vendita contrapposto a quello d'acquisto dei partecipanti all'accordo, che può costringere i fornitori a ridurre l'offerta (per qualità e/o gamma) dei propri prodotti (§ 295);
- (ii) la presenza di un numero ridotto di fornitori sul mercato, circostanza in presenza della quale il potere d'acquisto dei membri di un accordo d'acquisto in comune può essere sfruttato per escludere acquirenti concorrenti dal mercato degli acquisti e limitare loro l'accesso a fornitori efficienti (§ 296);
- (iii) l'acquisto in comune di una significativa quantità dei prodotti per cui i membri dell'accordo concorrono tra loro sul mercato a valle, che rende più elevato il rischio che gli stessi si coordinino anche per le vendite su tale mercato (specie nel caso in cui l'accordo limita / disincentiva la possibilità dei singoli membri di acquistare in autonomia volumi aggiuntivi; § 297);
- (iv) la detenzione da parte dei membri dell'accordo di un significativo potere di mercato (non necessariamente di una posizione dominante) tale per cui non gli stessi hanno un minor

incentivo a trasferire ai consumatori i risparmi di costo ricavati dalla negoziazione in comune (§ 297).

Ulteriore novità che merita di essere segnalata, è lo spazio dedicato nelle nuove Linee Guida alla valutazione della legittimità sotto il profilo antitrust dell'ipotesi in cui il potere d'acquisto derivante un accordo d'acquisto in comune sia esercitato minacciando i fornitori di interrompere le trattative e/o gli acquisti nel caso in cui gli stessi non offrano condizioni migliori (§ 304).

Sul punto, la Commissione ha chiarito che tali minacce:

- possono essere considerate parte integrante della negoziazione, purché temporanee ed inerenti ai prodotti oggetto di trattativa;
- non costituiscono generalmente una restrizione della concorrenza per oggetto (salvo che non rientrino in fattispecie di comportamenti unilaterali e/p pratiche commerciali vietate dalla normativa nazionale di uno Stato membro);
- vanno valutate ai fini della rilevanza antitrust tenendo in considerazione gli effetti complessivi dell'accordo di acquisto in comune e della posizione di mercato degli acquirenti che le attuano.

4. Gli accordi di commercializzazione in comune.

Per quanto concerne la disciplina antitrust relativa alle cooperazioni nella fase commercializzazione, ossia gli accordi tra concorrenti nella vendita, distribuzione o promozione dei rispettivi prodotti sostitutivi, le principali novità introdotte dalle Linee Guida 2023 sono due.

La prima è il più chiaro riconoscimento che un accordo di commercializzazione non suscita riserve sotto il profilo della concorrenza, e quindi non rientra nell'ambito di applicazione del divieto di cui all'art. 101.1 TFUE sia sotto il profilo dell'oggetto che dei suoi effetti, nel caso in cui l'accordo “*è obiettivamente necessario al fine di consentire a una parte di entrare in un mercato nel quale non sarebbe riuscita ad entrare in modo indipendente o con un numero di parti minore rispetto a quelle che partecipano alla cooperazione, a causa, ad esempio, dei costi necessari*” (§326) per l'operazione e fermo restando che le parti devono avere una quota di mercato congiunta inferiore al 15% (§339).

La seconda è l'introduzione di una nuova sottosezione in cui la Commissione dedica ai “consorzi di offera” ossia agli accordi in cui due o più parti cooperano per presentare un'offerta congiunta nell'ambito di una gara d'appalto pubblica o privata. La Commissione riconosce che questi consorzi (ivi incluse le RTI e ATI o accordi di subappalto) sono diversi da ipotesi di manipolazione di gara (la c.d. “*bid rigging*”) che, come noto, rappresentano una delle forme più gravi di restrizione della concorrenza e, dall'altro, che questa forma di collaborazione, indipendentemente dalla sua qualificazione giuridica, non genera restrizioni della concorrenza ai sensi dell'articolo 101.1 TFUE

nella misura in cui consente alle parti di partecipare a progetti che non sarebbero in grado di intraprendere individualmente.

Quando le parti non sono in grado di partecipare alla gara individualmente, l'accordo di consorzio di offerta non può dirsi realizzato tra né concorrenti effettivi né tanto meno concorrenti potenziali. Per aiutare le imprese a individuare i casi non colpiti dal divieto la Commissione individua due scenari standard: il primo è il caso in cui le imprese *partner* forniscono servizi diversi che sono complementari ai fini della partecipazione alla procedura di gara, il secondo è il caso in cui le parti dell'accordo di consorzio di offerta, sebbene tutte attive sul medesimo o sui medesimi mercati, non possono eseguire il progetto individualmente, ad esempio in ragione delle dimensioni del progetto stesso o della sua complessità (§352).

Per determinare se le imprese parti del consorzio di offerta sono concorrenti o meno occorre partire dalle prescrizioni contenute nel disciplinare di gara tenendo a mente che *“la semplice possibilità teorica di effettuare l'attività contrattuale autonomamente non rende automaticamente le parti concorrenti”* (§354). Occorre quindi sempre non fermarsi al dato del disciplinare, ma occorre valutare caso per caso se ciascuna parte sia *“realisticamente in grado completare l'appalto autonomamente”* considerando: (i) le dimensioni e le capacità dell'impresa, (ii) il livello di rischio finanziario indotto dal progetto, nonché (iii) il livello degli investimenti necessari per il progetto e (iv) la capacità presente e futura dell'impresa da valutare alla luce delle prescrizioni contrattuali⁶ (§353).

Quando invece le procedure di gara prevedono la possibilità di presentare offerte per parti dell'appalto (c.d. lotti), le imprese che hanno la capacità di presentare offerte per uno o più lotti, ma magari non per l'intero appalto, devono essere considerate concorrenti e in linea di principio ad esse si applica l'articolo 101.1 TFUE. L'unico modo per evitare che il consorzio di impresa sia considerato illecito sotto il profilo antitrust consiste nel valutare caso per caso se gli incrementi di efficienza portati dall'offerta in comune siano in grado di eliminare gli effetti anticoncorrenziali dell'accordo rispettando tutte le condizioni contenute nell'art. 101.3 TFUE.

Per meglio guidare le imprese nella valutazione di legittimità degli accordi di commercializzazione costituiti nella forma di consorzi di offerta, le Linee Guida 2023 includono una serie di indicazioni pratiche per identificare se essi possano costituire una restrizione della concorrenza per oggetto oppure avere effetti anticoncorrenziali.

Innanzitutto, ove due (o più) parti sono in grado di presentare offerte individuali e non vi è un livello significativo di integrazione delle risorse e delle attività delle parti, un'offerta congiunta equivarrebbe, in linea di principio, a una restrizione per oggetto, in quanto implica la fissazione di

⁶ Sulla necessità di esaminare la capacità dell'impresa e/o delle imprese di presentare domande di partecipazione alle gare d'appalto in autonomia la Commissione ribadisce i concetti espressi dalla Corte di Giustizia nel recente caso *“Generics”*: Corte di Giustizia, sentenza 30 gennaio 2020, C-307/18, §39.

prezzi tra concorrenti e tale disposizione non è valutata dalla Commissione come accessoria a una reale cooperazione tra le parti.

Invece nel caso di accordi di consorzio di offerta che contemplano più parti rispetto a quanto necessario, se vi è una sola parte in grado di presentare un'offerta individuale, in linea di principio il semplice fatto che vi siano più parti del necessario *“può non essere di per sé sufficiente per constatare l'esistenza di una restrizione per oggetto”* (§357), in quanto è possibile che le parti possono non essere concorrenti effettivi o potenziali⁷ e, quindi, spetta alle imprese partecipanti raccogliere elementi e documenti atti a dimostrare l'assenza di concorrenzialità nel caso specifico. Questi documenti saranno poi essere utili durante un'eventuale indagine dell'autorità antitrust nazionale (AGCM) oppure in una causa civile in cui terzi contestano che il consorzio di offerta violi la disposizione di cui all'art.101 TFUE⁸.

Poiché l'art. 101 TFUE vieta non solo gli accordi che hanno un oggetto anticoncorrenziale, ma anche quelli che hanno un siffatto effetto, in assenza di elementi che portano a individuare una restrizione per oggetto, l'analisi va anche fatta sugli effetti dell'accordo in questione.

In questo caso il fatto che tali tipi di offerte congiunte possano o meno restringere la concorrenza dipende da una valutazione specifica, tra gli altri fattori, del modo in cui la concorrenza si concretizzerebbe nel modo più realistico in assenza dell'accordo di consorzio di offerta in questione.

Al fine di valutare se un accordo abbia o meno effetti restrittivi, la Commissione UE indica in generale come pertinenti i seguenti fattori.

- a) La natura ed il contenuto dell'accordo;
- b) il contesto effettivo in cui si inserisce la cooperazione, in particolare il contesto economico e giuridico nel quale operano le imprese interessate, la natura dei beni o servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione⁹;
- c) la misura in cui le parti, singolarmente o congiuntamente, detengono o pervengono a detenere un certo potere di mercato¹⁰ e la misura in cui l'accordo contribuisce alla creazione, al

⁷ La Commissione avverte che comunque potrebbero essere altri motivi per considerare tale accordo di consorzio una restrizione per oggetto, ad esempio se una parte, *“che avrebbe potuto presentare un'offerta individualmente, conclude un accordo di offerta congiunta con una o più altre parti con l'obiettivo specifico di prevenire un'offerta congiunta concorrente di tali altre parti, anche congiuntamente con un terzo”* (§357).

⁸ Secondo l'art. 6 del Reg. 1/2003 del Consiglio i divieti contenuti negli artt. 101 e 102 TFUE sono applicabili non solo dalle autorità antitrust nazionali e dalla Commissione UE, ma anche dai giudici nazionali. Questa disposizione normativa fa sì che sempre più spesso una condotta contraria a quanto statuito dall'art. 101 TFUE sia alla base di una difesa oppure costituisce il fatto costitutivo di una domanda in un giudizio civile.

⁹ Sul punto la Commissione richiama la sentenza della Corte di Giustizia del 30 gennaio 2020, *Generics (UK)*, C-307/18 (punto 116 e giurisprudenza ivi citata). In tale decisione la Corte ha chiarito che *“Il contesto effettivo della cooperazione può comprendere fattori quali la presenza di sufficienti possibilità per i clienti di cambiare fornitore; la probabilità che i concorrenti rispondano a un incremento dei prezzi aumentando l'offerta; l'eventualità che le caratteristiche del mercato siano o meno favorevoli al coordinamento; l'eventualità che le attività oggetto della cooperazione rappresentino o meno una quota elevata dei costi variabili sostenuti dalle parti nel mercato rilevante”*; ecc. Può essere altresì rilevante valutare se le parti combinino in misura significativa le loro attività oggetto della cooperazione.

¹⁰ Nelle linee guida la Commissione chiarisce che per “potere di mercato” si intende “la capacità di mantenere, in modo redditizio, i prezzi ad un livello superiore a quello che risulterebbe da una concorrenza effettiva per un determinato periodo o di mantenere, in modo redditizio, la produzione - in termini di quantitativi, di qualità e di varietà dei prodotti o di

mantenimento o al rafforzamento di tale potere di mercato, ovvero consenta alle parti di sfruttarlo.

Inoltre gli effetti restrittivi sulla concorrenza per essere rilevanti non devono essere necessariamente reali, cioè provati, ma possono anche essere potenziali, ma in ogni caso devono avere un livello di pericolosità e/o dannosità per il mercato sufficientemente apprezzabile.

Nel caso dei consorzi di offerta la Commissione UE precisa che se essi non restringono la concorrenza per oggetto, questi accordi - come avviene per quelli di commercializzazione tra concorrenti - hanno di norma effetti restrittivi sulla concorrenza soltanto se le parti detengono un certo grado di potere di mercato.

Per valutare se le parti hanno un potere di mercato occorre in primo luogo individuare i mercati del prodotto e geografici rilevanti e stabilire le rispettive posizioni delle parti su tali mercati. I mercati direttamente interessati da una cooperazione non sono solo quelli cui appartengono i prodotti oggetto dell'accordo e nei quali le parti commercializzeranno congiuntamente tali prodotti, ma anche quelli contigui strettamente collegati a quello interessato direttamente dalla cooperazione (i c.d. mercati secondari) e, quindi, occorre includere nell'analisi degli effetti anche i mercati secondari di questo tipo. In secondo luogo è necessario tenere conto dell'eventuale esistenza del contrapposto potere d'acquisto detenuto dai loro clienti e, ove questi siano dotati di un forte potere di acquisto (*Buyer power*) allora è improbabile che l'accordo possa generare effetti restrittivi.

Infine, per godere dei benefici contenuti nelle Linee Guida 2023 i partecipanti ai consorzi di offerta devono condividere solo le informazioni strettamente necessarie per la formulazione dell'offerta e e la diffusione deve essere limitata al personale interessato in base alla loro «*necessità di sapere*» (*need to know basis*).

È inoltre importante segnalare che il primo esempio che accompagna il capitolo dedicato alla valutazione degli accordi commercializzazione presenta una novità importante soprattutto per le piccole e medie imprese che uniscono le forze per entrare in un nuovo mercato (§360).

Il caso elaborato dalla Commissione riguarda quattro imprese che forniscono servizi di lavanderia ciascuna delle quali detiene una quota di mercato del 3% del fatturato dell'intero mercato rilevante¹¹ che decidono di creare una divisione di *marketing* in comune per la vendita di servizi di lavanderia a clienti istituzionali pur mantenendo la propria indipendenza e libertà di concorrenza per i clienti individuali locali. Per raggiungere questo obiettivo queste imprese definiscono un marchio comune, un prezzo comune e condizioni standard comuni, tra cui consegne programmate e un termine massimo di consegna. L'accordo non elimina del tutto i loro costi individuali per le infrastrutture (poiché conservano i propri locali e rimangono in concorrenza fra di esse per i clienti individuali locali), ma

innovazione - ad un livello inferiore a quello che risulterebbe da una concorrenza effettiva per un determinato periodo" (nota 40 Linee Guida).

¹¹ Il mercato preso da riferimento dalla Commissione si basa sull'assunzione essenziale di essere molto frammentato in cui nessun operatore ha una quota superiore al 15%.

aumenta le loro economie di scala e consente loro di offrire a una categoria nuova di clienti un servizio più completo.

La novità rispetto alle precedenti Linee Guida è che Commissione riconosce che in questo caso anche una restrizione fondamentale quale la fissazione di prezzi di vendita del servizio e/o dei prodotti da parte delle parti dell'accordo è una misura indispensabile e, quindi, legittima se attuata per conseguire la forza di soddisfare un segmento di domanda che singolarmente esse non avrebbero potuto intercettare.

5. Alcune considerazioni finali.

Nel complesso le nuove regole contenute nelle Linee Guida 2023 forniscono una flessibilità leggermente maggiore e orientamenti più chiari per le aziende e le associazioni di imprese che desiderano scambiare informazioni e cooperare nella produzione, acquisto e/o commercializzazione dei propri prodotti e servizi.

Nel capitolo dedicato allo scambio di informazioni le precisazioni sono molteplici e, a prima vista, appaiono utili a fornire una guida aggiornata alle imprese, ma sotto alcuni profili - come quello degli algoritmi di prezzo – sembrano essere ancora carenti di indicazioni essenziali realmente utili a prevedere quali standard le autorità garanti della concorrenza utilizzeranno per distinguere tra un algoritmo che porta ad un parallelismo legittimo da un'ipotesi di collusione illegale basata sull'algoritmo stesso.

L'atteggiamento della Commissione verso gli accordi di produzione non cambia e in questo caso i concorrenti senza potere di mercato restano liberi di impegnarsi in ampie forme di cooperazione che coinvolgono la produzione senza – fatte salve solo limitazioni limitate – correre rischi significativi. La stessa continuità di fondo si registra per gli accordi di acquisto e commercializzazione dove non possono che essere valutati come opportuni i chiarimenti sui consorzi d'offerta e gli esempi che in tema di accordi commercializzazione forniscono indicazioni precise su alcuni aspetti rilevanti come la fissazione del prezzo di vendita praticato da raggruppamenti di PM.