

# DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

## Il concetto d'intesa

**Sommario:** I. INTRODUZIONE: CONCETTO D'INTESA E FONTI NORMATIVE. – II. IL RECEPIMENTO DEL CONCETTO D'INTESA NELLA GIURISPRUDENZA CIVILE NAZIONALE. – III. LA FORMA E GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELLE INTESSE. – 1. Accordi. – 2. Decisioni di associazioni di imprese. – 3. Pratiche concordate. – IV. LE INTESSE COMPLESSE E CONTINUE. – V. I RAPPORTI TRA LA NOZIONE DI INTESA E LA NOZIONE DI CONCENTRAZIONE. – VI. CONCLUSIONI.

### I. INTRODUZIONE: CONCETTO D'INTESA E FONTI NORMATIVE

Nel diritto della concorrenza europeo e nazionale, è considerata un'intesa qualsiasi forma d'interazione o collaborazione tra imprese, attuata mediante una «direzione almeno consapevole delle attività»<sup>1</sup>, che sia suscettibile di influenzare la condotta commerciale anche solo di una di esse<sup>2</sup>. Infatti, la riduzione del margine d'incertezza circa il comportamento delle imprese interessate altera il libero gioco della concorrenza, che si fonda sul principio secondo cui ciascun soggetto economico deve determinare autonomamente il proprio operato sul mercato<sup>3</sup>.

Un'intesa può intercorrere tra imprese concorrenti, ossia attive nello stesso ambito merceologico e geografico (c.d. intese orizzontali), oppure tra imprese che operino in fasi diverse dei processi produttivi o distributivi, svolgendo attività complementari (c.d. intese verticali)<sup>4</sup>.

A livello europeo e nazionale, le intese restrittive della concorrenza sono discipli-

nate rispettivamente dall'art. 101 TFUE e dall'art. 2 l. 287/1990.

Le due disposizioni non forniscono una definizione esaustiva della nozione di intesa, né ne identificano puntualmente gli elementi costitutivi, limitandosi a elencare le tre forme principali di intesa (accordo, decisione di associazione d'impresa, pratica concordata), nonché a precisare le principali condizioni in base alle quali si ritiene che un'intesa sia vietata e nulla *ex lege*. Si tratta quindi di una nozione molto flessibile, che consente di estendere il divieto di restrizioni della concorrenza a qualsiasi forma di collusione tra imprese<sup>5</sup>.

Infatti, come riconosce anche la giurisprudenza civile italiana, «la nozione di "intesa" è oggettiva e [...] tipicamente comportamentale anziché formale, avente al centro l'effettività del contenuto anti-concorrenziale ovvero l'effettività di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire la competizione che la concorrenza comporta con una collaborazione pratica»<sup>6</sup>.

Sulla base di questi principi, le Corti europee e la Commissione europea hanno affinato progressivamente il concetto di intesa, fornendone un'interpretazione estensiva.

### II. IL RECEPIMENTO DEL CONCETTO D'INTESA NELLA GIURISPRUDENZA CIVILE NAZIONALE

A questa ampia nozione d'intesa si è uniformata anche la giurisprudenza nazionale.

<sup>1</sup> Cass., sez. I, 1 febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, p. 831 ss.

<sup>2</sup> C. giust. CE, 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, *Commissione c. Anic Partecipazioni* - "Anic Partecipazioni", in *Racc.* 1999, p. I-4125; C. giust. CE, 16 dicembre 1975, cause riunite 40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73, *Suiker Unie e altri c. Commissione* - "Suiker Unie", in *Racc.* 1975, p. 1663; Trib. CE, 12 luglio 2001, cause riunite T-202, 204 e 207/98, *Tate & Lyle e altri c. Commissione* - "British Sugar", in *Racc.* 2001, p. II-2035.

<sup>3</sup> Cons. St., sez. VI, 6 giugno 2008, n. 5578.

<sup>4</sup> C. giust. CE, 16 giugno 1965, cause riunite 56 e 58/64, *Consten e Grunding c. Commissione* -

"Consten e Grunding", in *Racc.* 1966, p. 299. In ambito civilistico italiano, cfr., *ex multis*, Trib. Bologna, sez. II civ., 11 novembre 2003, n. 5274, in *Dir. prat. soc.*, 2004, 13, p. 64 ss.; Cass., sez. III, 2 novembre 2000, n. 14430, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1897 ss.

<sup>5</sup> C. giust. CE, 6 gennaio 2004, cause riunite C-2 e 3/01 P; *BAI e Commissione c. Bayer* - "Bayer", in *Racc.* 2004, p. I-23; C. giust. CE, 14 luglio 1972, causa 48/69, *ICI c. Commissione* - "ICI", in *Racc.* 1972, p. 619.

<sup>6</sup> Cass., sez. I, 1 febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, p. 831 ss.

La prevalenza del diritto della concorrenza europeo, frutto anzitutto dell'applicazione diretta delle norme del TFUE negli ordinamenti nazionali, trova anche espresso riconoscimento nella legge italiana. Infatti, l'art. 1, comma 4, l. 287/1990 impone all'interprete di fare riferimento «ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza»<sup>7</sup>. Il rinvio si estende ovviamente anche alla giurisprudenza delle Corti europee, che costituisce una fonte del diritto europeo della concorrenza<sup>8</sup>.

In ossequio ai criteri ermeneutici propri di tale diritto, il concetto di intesa esorbita dai tradizionali canoni interpretativi di diritto interno, in particolare di diritto civile.

### III. LA FORMA E GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELLE INTESA

Da un punto di vista sostanziale, tutte e tre le forme di intesa presentano un minimo comune denominatore, consistente nella collaborazione tra imprese, che dà luogo a comportamenti (anche solo potenzialmente) diversi rispetto a quelli che sarebbero dettati dalla struttura e dal contesto di mercato.

Un'intesa richiede in primo luogo il coinvolgimento di almeno due imprese che agiscano di concerto. Per tale ragione, non rientrano nella nozione d'intesa le condotte unilaterali, poste in essere autonomamente, senza necessità di alcuna forma di coordinamento con un'altra impresa<sup>9</sup>.

Inoltre, la nozione d'intesa «presuppone la partecipazione di soggetti distinti giuridicamente ed economicamente»<sup>10</sup>, in

grado di determinare in reciproca autonomia i rispettivi comportamenti sul mercato. Non si ha dunque intesa laddove due o più società, sebbene distinte sotto il profilo giuridico, costituiscano un'unica impresa ai sensi del diritto della concorrenza, ossia facciano parte di un'unica entità economica<sup>11</sup>.

Tra loro, le intese si distinguono per il grado d'intensità e la forma assunta. L'obiettivo dell'art. 101 TFUE e dell'art. 2 l. 287/1990 è infatti quello di coprire tutte le forme di concertazione collusiva tra imprese, soffermandosi non tanto sulla formale natura giuridica, quanto sulla sostanza e sul concreto impatto economico delle relazioni tra imprese.

1. *Accordi*. – Il concetto di accordo in diritto della concorrenza è molto più vasto rispetto alla tradizionale nozione civilistica. Si ha un accordo quando le parti aderiscono a un piano comune che limita, o è atto a limitare, il comportamento di ciascuna di esse, disciplinando le loro rispettive condotte (o la loro inerzia) sul mercato.

L'accordo presuppone che almeno due imprese «abbiano espresso la loro volontà comune di comportarsi sul mercato in una determinata maniera»<sup>12</sup>, con l'obiettivo, anche indiretto, di ridurre i margini di reciproca incertezza circa le rispettive condotte sul mercato.

L'elemento soggettivo del concorso di volontà costituisce il *discrimen* tra l'accordo e le altre forme di intesa.

L'incontro di volontà tra due o più imprese può avvenire anche informalmente e manifestarsi in modalità atipiche o attraverso comportamenti concludenti<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> L'applicazione uniforme del diritto europeo della concorrenza è peraltro stabilita anche dalla normativa UE. L'art. 16 Reg. 1/2003 riconosce, infatti, la supremazia del diritto dell'Unione europea e dà prevalenza, *inter alia*, alle decisioni della Commissione europea rispetto alle statuizioni dei giudici nazionali con riferimento a una stessa questione, allo scopo di «assicurare il rispetto dei principi della certezza del diritto e dell'applicazione uniforme delle regole di concorrenza comunitarie», considerando 22 Reg. 1/2003.

<sup>8</sup> Cons. St., sez. VI, 12 gennaio 2001, n. 1191; Cons. St., sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5368; Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, p. 1014 ss.

<sup>9</sup> C. giust. CE, 6 gennaio 2004, "Bayer", cit.

<sup>10</sup> App. Torino 19 febbraio 2001, in *Riv. dir. comm.*, 2002, II, p. 95 ss., su cui v. *infra* § V.

<sup>11</sup> C. giust. CE, 10 dicembre 1975, cause riunite 95-98/74, 15 e 100/75, *Coopératives agricoles de céréales c. Commissione e Consiglio - "UCC"*, in *Racc.* 1975, p. 1615; C. giust. CE, 24 ottobre 1996, causa C-73/95 P, *Viho c. Commissione - "Viho"*, in *Racc.* 1996, p. I-5457.

<sup>12</sup> Trib. CE, 9 luglio 2009, causa T-450/05, *Peugeot e Peugeot Nederland c. Commissione - "Peugeot"*, in *Racc.* 2009, p. II-2533.

<sup>13</sup> App. Milano, sez. I, 13 luglio 1998, in *Dir. ind.*, 1999, p. 252 ss.

Inoltre, non è necessario che venga stipulato un contratto o altro negozio validi in base al diritto civile<sup>14</sup>.

Non sono richieste la forma scritta<sup>15</sup> o altre formalità, né misure d'attuazione o sanzioni stipulate contrattualmente. Infatti, possono costituire accordi anche pattuizioni che non generino obbligazioni giuridiche quali, ad esempio, una lettera di intenti<sup>16</sup> un *gentlemen's agreement*<sup>17</sup>, rifiuti concertati di effettuare forniture a un distributore comune<sup>18</sup>, nonché un contratto non più in essere tra le parti, ma che continui a produrre effetti o a essere eseguito<sup>19</sup>. È poi irrilevante che le imprese non si siano ritenute – giuridicamente, di fatto o moralmente – obbligate ad adottare il comportamento concordato<sup>20</sup> o che non lo abbiano concretamente posto in essere<sup>21</sup>.

L'elemento della comune volontà si ravvisa anche quando un'impresa abbia partecipato a un accordo perché costretta dalle altre imprese che minacciavano ritorsioni o esercitavano indebite pressioni<sup>22</sup>.

Analogamente, è sufficiente che un'impresa abbia partecipato, sia pur in maniera passiva, anche a una sola riunione<sup>23</sup> nel corso della quale le parti abbiano raggiunto un accordo anticompetitivo, salvo che l'impresa stessa manifesti chiara-

mente l'intenzione di voler prendere le distanze dalla condotta collusiva<sup>24</sup>. Con la mera (silente) partecipazione a un incontro in cui viene concluso un accordo, infatti, l'impresa ingenera negli altri partecipanti il convincimento che essa condida quanto discusso e si impegni ad agire conformemente, facilitando in tal modo il perfezionamento dello schema collusivo<sup>25</sup>. Né rileva la circostanza che tale impresa non dia successivamente seguito all'accordo.

Il requisito del concorso di volontà si ravvisa talvolta anche in condotte solo apparentemente unilaterali. Ciò avviene quando un'impresa accetti tacitamente le indicazioni unilateralmente proposte da un'altra impresa<sup>26</sup>, o vi si conformi<sup>27</sup>. In base alla giurisprudenza europea, è comunque necessario dimostrare caso per caso che un'impresa abbia prestato il proprio assenso, anche tacitamente, alla condotta posta in essere dalla controparte. In altre parole, affinché un'accettazione tacita dia luogo a un'intesa «è necessario che la manifestazione di volontà di una delle parti contraenti volta a un fine lesivo della concorrenza costituisca un invito all'altra parte, espresso o tacito, alla realizzazione comune di tale scopo»<sup>28</sup>.

A tal riguardo, ad esempio, le corti civili italiane hanno ritenuto che la clausola

<sup>14</sup> App. Milano 20 luglio 2004, in *Giur. comm.*, 2006, 3, II, p. 448 ss.

<sup>15</sup> C. giust. CE, 20 giugno 1978, causa 28/77, *Tepea c. Commissione* - "Tepea", in *Racc.* 1978, p. 1391.

<sup>16</sup> Delib. AGCM, 25 novembre 2004, n. 13780, in *Boll.* 48/2004.

<sup>17</sup> Cass., sez. I, 1 febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, p. 831 ss.; Cons. St., sez. VI, 2 luglio 2002, n. 4362.

<sup>18</sup> App. Milano, sez. I, 11 luglio 2003, in *Dir. ind.*, 2004, p. 157 ss.

<sup>19</sup> C. giust. CE, 15 giugno 1976, causa 96/75, *EMI Records c. CBS Schallplatten* - "EMI", in *Racc.* 1976, p. 913.

<sup>20</sup> Trib. CE, 20 marzo 2002, causa T-9/99; *HFB e altri c. Commissione* - "HFB", in *Racc.* 2002, p. II-1487; Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2001 n. 1189.

<sup>21</sup> Trib. CE, 11 dicembre 2003, causa T-59/99, *Ventouris c. Commissione* - "Ventouris", in *Racc.* 2003, p. II-5257.

<sup>22</sup> Trib. CE, 6 aprile 2005, causa T-141/89, *Trefileurope c. Commissione* - "Trefileurope", in *Racc.* 1995, p. II-791.

<sup>23</sup> C. giust. CE, 4 giugno 2009, causa C-08/08,

*T-Mobile Netherlands e altri* - "T-Mobile", in *Racc.* 2009, p. I-4529.

<sup>24</sup> C. giust. CE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204, 205, 211, 213, 217 e 219/00 P, *Aalborg Portland e altri c. Commissione* - "Aalborg Portland", in *Racc.* 2004, p. I-123; C. giust. CE, 8 luglio 1999, causa C-199/92 P, *Hüls c. Commissione* - "Hüls", in *Racc.* 1999, p. I-4287.

<sup>25</sup> C. giust. CE, 7 gennaio 2004, "Aalborg Portland", cit.

<sup>26</sup> C. giust. CE, 25 ottobre 1983, causa 107/82, *AEG c. Commissione* - "AEG", in *Racc.* 1983, p. 3151; C. giust. CE, 17 settembre 1985, cause riunite 25 e 26/84, *Ford c. Commissione* - "Ford", in *Racc.* 1985, p. 2725.

<sup>27</sup> C. giust. CE, 13 luglio 2006, causa C-74/04 P, *Commissione c. Volkswagen* - "Volkswagen", in *Racc.* 2006, p. I-6585; C. giust. CE, 11 gennaio 1990, causa 277/87, *Sandoz Prodotti Farmaceutici c. Commissione* - "Sandoz", in *Racc.* 1990, p. I-45.

<sup>28</sup> C. giust. CE, 6 gennaio 2004, "Bayer", cit. Tale principio richiede un'analisi caso per caso, volta ad accertare, sulla base di elementi di fatto, l'effettiva esistenza di una comune volontà, espressa o tacita, tra le imprese interessate.

del regolamento di una fiera, che escludeva gli importatori paralleli in presenza dei produttori o importatori ufficiali di uno stesso prodotto, non costituissero un'intesa. Ad avviso dei giudici, mancava infatti la «convergenza di volontà delle parti, [...] in termini di consapevolezza, se non di intenzionalità, della scelta»<sup>29</sup>.

### 2. Decisioni di associazioni di imprese.

– Costituisce ugualmente un'intesa ogni atto, anche di natura non vincolante, adottato da organi associativi rappresentativi di una determinata categoria di imprese, che abbia l'obiettivo di influenzare le condotte economiche delle imprese associate, falsando in tal modo la concorrenza.

Si tratta, dunque, di atti unilaterali che, pur non essendo necessariamente attuati da tutte le imprese, sono comunque espressione della volontà collettiva di una determinata categoria<sup>30</sup>. Non è richiesta una formale adozione della decisione da parte dell'organo associativo competente, se essa è comunque diffusa presso le imprese associate<sup>31</sup>. Né rileva la circostanza che la decisione non imponga obblighi giuridici.

Sono considerati associazioni di imprese gli enti associativi di vario genere (inclusi gli ordini professionali<sup>32</sup>) che, pur se privi di personalità giuridica e non svolgenti attività economica<sup>33</sup>, siano in

grado di esprimere la volontà collettiva delle imprese aderenti e di incidere sulle loro condotte commerciali<sup>34</sup>. Rientrano inoltre nell'ambito di applicazione dell'art. 101 TFUE anche gli organismi istituiti da norme di diritto pubblico<sup>35</sup> o incaricati dello svolgimento di compiti di interesse generale, qualora le decisioni adottate esorbitino dall'esercizio della potestà autoritativa. Ad esempio, costituiscono intese le decisioni di un consorzio che non rientrino nell'adempimento dei suoi compiti di natura pubblicistica o non siano indispensabili a tal fine<sup>36</sup>.

Secondo la ricordata interpretazione estensiva del concetto di intesa, costituiscono decisioni di associazioni di imprese, ad esempio, regolamenti<sup>37</sup>, codici di autodisciplina<sup>38</sup>, comunicati stampa<sup>39</sup>, raccomandazioni<sup>40</sup>, inviti generalizzati a recedere da contratti in essere con taluni fornitori<sup>41</sup>, circolari<sup>42</sup>, tariffe professionali<sup>43</sup> e codici di condotta<sup>44</sup>.

### 3. Pratiche concordate.

– Svolgendo una funzione di chiusura del sistema, la nozione di pratica concordata ricomprende fattispecie residuali di collusione che non costituiscono accordi o decisioni associative. Si ha una pratica concordata quando due o più imprese, senza aver previamente elaborato «un vero e proprio piano» o accordo (e quindi, senza l'espressione di una comune volontà)<sup>45</sup>,

<sup>29</sup> App. Milano 21 marzo 1997, in *Giur. dir. ind.*, 1997, p. 637 ss. Secondo la Corte, mancava la prova che tali regolamenti «fossero frutto di un accordo, più o meno palese, fra organizzatori della manifestazione fieristica, da un lato, produttori e distributori esclusivi, dall'altro».

<sup>30</sup> Cass., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro it.*, 2010, 6, I, p. 1901 ss.

<sup>31</sup> Delib. AGCM, 25 febbraio 2009, n. 19562, in *Boll.* 8/2009.

<sup>32</sup> TAR Lazio, sez. I, 28 gennaio 2000, n. 466; App. Venezia 14 ottobre 2004, in *Giur. dir. ind.*, 2005, p. 539 ss.; App. Milano, sez. I, 29 settembre 1999, in *Dir. ind.*, 1999, p. 338 ss.

<sup>33</sup> C. giust. CE, 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany - "Albany"*, in *Racc.* 1999, p. I-5751; Trib. CE, 15 marzo 2000, cause riunite T-25, 26, 30-32, 34-39, 42-46, 48, 50-65, 68-71, 87, 88, 103 e 104/95, *Cimenteries CBR e altri c. Commissione - "Cemento"*, in *Racc.* 2000, p. II-491.

<sup>34</sup> Cons. St., sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1099.

<sup>35</sup> TAR Lazio, sez. I, 20 gennaio 2000, n. 466.

<sup>36</sup> Cass., sez. I, 10 gennaio 2008, n. 355, in *Foro it.*, 2008, 3, I, p. 739 ss.

<sup>37</sup> Delib. AGCM, 7 dicembre 1999, n. 7807, in *Boll.* 49/1999.

<sup>38</sup> Delib. AGCM, 28 ottobre 2004, n. 13698, in *Boll.* 44/2004.

<sup>39</sup> Delib. AGCM, 25 febbraio 2009, n. 19562, in *Boll.* 8/2009.

<sup>40</sup> Delib. AGCM, 3 febbraio 2000, n. 7983, in *Boll.* 5/2000.

<sup>41</sup> App. Milano, sez. I, 29 settembre 1999, in *Dir. ind.*, 1999, p. 338 ss.

<sup>42</sup> Delib. AGCM, 2 luglio 1993, n. 1266, in *Boll.* 15-16/1993; App. Milano, sez. I, 25 settembre 1995, in *Dir. ind.*, 1996, p. 304 ss.

<sup>43</sup> App. Venezia 14 ottobre 2004, in *Giur. dir. ind.*, 2005, p. 539 ss.; Delib. AGCM 14 dicembre 1994, n. 2550, in *Boll.* 50/1994.

<sup>44</sup> Trib. CE, 28 marzo 2001, causa T-144/99, *Institut des mandataires agréés c. Commissione - "IMA"*, in *Racc.* 2001, p. II-1087.

<sup>45</sup> C. giust. CE, 16 dicembre 1975, "Suiker Unie", cit.

coordinino in maniera consapevole le proprie condotte commerciali<sup>46</sup>, sottraendosi così al «rischio della concorrenza»<sup>47</sup>.

La giurisprudenza europea, cui si è uniformata la giurisprudenza nazionale, ha progressivamente identificato tre elementi costitutivi fondamentali di una pratica concordata. Il primo è l'esistenza di un contatto tra le imprese, molto spesso consistente in uno scambio di informazioni riservate. Esso deve comunque avere un oggetto o un effetto anticoncorrenziale, tale da ridurre – o far venire meno – l'incertezza che sarebbe altrimenti esistita in relazione alle future condotte sul mercato di ciascuna impresa<sup>48</sup>.

Il contatto può avvenire in maniera diretta o indiretta (tramite soggetti terzi) e assumere forme diverse. È peraltro sufficiente che sia una sola impresa a rivelare informazioni riservate idonee a influenzare la condotta commerciale dell'impresa che le riceve, salvo che quest'ultima non faccia chiaramente presente di non volerle ricevere<sup>49</sup>. Infatti, si ritiene soddisfatto il requisito della reciprocità quando «la divulgazione effettuata da un concorrente a un altro, delle intenzioni o della condotta futura del primo sul mercato sia stata richiesta o, quantomeno, accettata dal secondo»<sup>50</sup>, che non abbia quindi formulato riserve o obiezioni.

Il secondo elemento è rappresentato dalla successiva condotta sul mercato tenuta dalle imprese partecipanti alla concertazione. È infatti necessario che, in seguito al contatto collusivo, le imprese rimangano attive sul mercato. Al contrario dell'accordo, il cui presupposto si ravvisa nella comune volontà delle parti anche se

non seguita da atti di esecuzione, la pratica concordata necessita di un comportamento attuativo sul mercato. Tale condotta deve essere idonea a impedire, restringere o falsare la concorrenza, tenuto conto del contesto giuridico ed economico in cui ha luogo; non è necessario invece che essa produca (o abbia prodotto) anche concretamente effetti restrittivi<sup>51</sup>.

Da ultimo, deve sussistere un nesso causale tra i contatti tra concorrenti e la successiva condotta sul mercato<sup>52</sup>. Benché la semplice conoscenza delle intenzioni dei concorrenti non vincoli l'impresa ad adottare un determinato comportamento, si presume che – salvo prova contraria che spetta alle parti interessate fornire<sup>53</sup> – le imprese partecipanti alla concertazione che restano attive sul mercato tengano conto del contatto avuto con i concorrenti al fine di determinare il proprio comportamento<sup>54</sup>.

Tale presunzione si applica anche nei casi in cui vi sia stato un unico contatto collusivo tra le imprese: infatti, non rileva tanto il numero di incontri, quanto la natura delle informazioni scambiate e, in particolare, la loro idoneità a condizionare le imprese interessate, inducendole a sostituire consapevolmente una cooperazione pratica ai rischi della concorrenza<sup>55</sup>.

Secondo la giurisprudenza europea, la presunzione di causalità non è una mera regola procedurale, bensì parte integrante della nozione sostanziale di pratica concordata. Pertanto, anche i giudici nazionali devono tenerne conto, ferma restando la possibilità per le imprese interessate di fornire prova contraria<sup>56</sup>.

<sup>46</sup> Trib. CE, 17 dicembre 1991, causa T-7/89, *Hercules Chemicals c. Commissione* - "Hercules", in *Racc.* 1991, p. II-1711; TAR Lazio, sez. I, 13 marzo 2008, n. 2312. Ove il coordinamento non sia provato, non risultano integrati gli estremi di un'intesa, cfr. App. Roma 20 agosto 1993, in *Rass. giur. Enel*, 1994, pp. 718 ss.

<sup>47</sup> C. giust. CE, 14 luglio 1972, "ICI", cit.; C. giust. CE, 8 luglio 1999, "Hüls", cit.; Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 548; Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926.

<sup>48</sup> Trib. CE, 10 marzo 1992, causa T-11/89, *Shell c. Commissione* - "Shell", in *Racc.* 1992, p. II-757; C. giust. CE, 28 maggio 1998, causa C-7/95 P, *Deere c. Commissione* - "Deere", in *Racc.* 1998, p. I-3111.

<sup>49</sup> Trib. CE, 12 dicembre 2007, cause riunite T-101 e 111/05, *BASF e UCB c. Commissione* - "BASF", in *Racc.* 2007, p. II-4949.

<sup>50</sup> Trib. CE, 15 marzo 2000, "Cemento", cit.; Trib. CE, 12 luglio 2001, "British Sugar", cit.

<sup>51</sup> C. giust. CE, 4 giugno 2009, "T-Mobile", cit.; Cons. St., sez. VI, 22 marzo 2001, n. 1671.

<sup>52</sup> C. giust. CE, 8 luglio 1999, "Anic Partecipazioni", cit.

<sup>53</sup> Trib. CE, 5 dicembre 2006, causa T-303/02, *Westfalen Gassen Nederland c. Commissione* - "Westfalen Gassen", in *Racc.* 2006, p. II-4567.

<sup>54</sup> C. giust. CE, 8 luglio 1999, "Anic Partecipazioni", cit.

<sup>55</sup> C. giust. CE, 4 giugno 2009, "T-Mobile", cit.

<sup>56</sup> C. giust. CE, 4 giugno 2009, "T-Mobile", cit.

Il diritto della concorrenza non vieta l'adozione di comportamenti identici da parte delle imprese, né limita il diritto delle stesse a reagire in maniera indipendente ai comportamenti noti dei propri concorrenti<sup>57</sup>. Il semplice comportamento parallelo dei concorrenti sul mercato non è di per sé una pratica concordata, perché il divieto sanziona solo la collaborazione consapevole tra imprese.

Tuttavia, quando il comportamento parallelo appaia anomalo e non esista una plausibile spiegazione alternativa, è possibile fondarsi su tali circostanze per dimostrare l'esistenza di una pratica concordata<sup>58</sup>.

#### IV. LE INTESI COMPLESSE E CONTINUE

Atti o comportamenti, che in sé considerati costituirebbero distinti accordi o pratiche concordate, possono essere ritenuti un'unica intesa, complessa e continuata, quando siano espressione – o si inseriscano nel contesto – di un unico piano d'insieme complessivo<sup>59</sup>, finalizzato a un obiettivo comune<sup>60</sup>. In tale situazione, i singoli atti o comportamenti, tra loro interdipendenti e complementari, sono considerati «quali tasselli di un mosaico, i cui elementi non sono significativi di per sé, ma come parte di un disegno unitario»<sup>61</sup>.

Le intese complesse e continuate sono dunque caratterizzate da condotte: *i*) che si svolgono in un arco temporale generalmente lungo e *ii*) che coinvolgono più imprese che non necessariamente prendono parte a tutti gli accordi e/o pratiche concordate che rientrano nel complessivo piano d'insieme.

Non è necessario distinguere di volta in volta le forme specifiche assunte da

un'intesa: la Commissione europea, l'AGCM o i giudici civili possono limitarsi ad accertare l'esistenza di un'intesa complessa, senza specificare se si tratti di un accordo, una pratica concordata o una decisione di un'associazione di imprese<sup>62</sup>.

#### V. I RAPPORTI TRA LA NOZIONE DI INTESA E LA NOZIONE DI CONCENTRAZIONE

Tradizionalmente, le nozioni di intesa e di concentrazione identificano ambiti distinti. Le intese riguardano il coordinamento delle attività di due o più imprese, mentre le concentrazioni configurano situazioni di crescita dell'impresa, attuata mediante l'acquisizione del controllo su nuove attività. Differenze si ravvisano anche dal punto di vista procedurale, essendo la valutazione (*ex ante*) delle concentrazioni riservata esclusivamente alle Autorità preposte alla tutela della concorrenza.

Tuttavia, tra le due nozioni vi sono alcuni elementi di sovrapposizione, dal momento che un'intesa (più in particolare, un accordo) può costituire uno degli strumenti attraverso cui si perfeziona una concentrazione. Di norma, la circostanza che un'impresa sottoposta a un vincolo contrattuale mantenga una propria indipendenza economica costituisce il criterio che consente di distinguere un'intesa da una concentrazione.

Stante dunque la competenza esclusiva delle Autorità della concorrenza nell'analisi delle operazioni di concentrazione, i giudici civili nazionali possono intervenire solo laddove un accordo tra imprese non sia suscettibile di conferire a una di esse «la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività»<sup>63</sup> dell'altra.

<sup>57</sup> C. giust. CE, 14 luglio 1972, "ICI", cit.

<sup>58</sup> C. giust. CE, 28 marzo 1984, cause riunite 29 e 30/83, *Compagnie Royale Asturienne des Mines e Rhein zinc c. Commissione* - "CRAM", in *Racc.* 1984, p. 1679; C. giust. CE, 31 marzo 1993, cause riunite C-89, 104, 114, 116, 117 e 125-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö e altri c. Commissione* - "Ahlström", in *Racc.* 1988, p. 5193; Trib. CE, 14 maggio 1998, causa T-337/94, *Enso-Gutzeit c. Commissione* - "Enso-Gutzeit", in *Racc.* 1998, p. II-1571; Trib. CE, 13 dicembre 2001, cause riunite T-45 e 47/98, *Krupp Thyssen Stainless e Acciai speciali Terni c. Commissione* - "ThyssenKrupp", in *Racc.* 2001, p. II-3757.

<sup>59</sup> Trib. CE, 12 dicembre 2007, "BASf", cit.

<sup>60</sup> C. giust. CE, 8 luglio 1999, "Anic Partecipazioni", cit.; Trib. CE, 20 marzo 2002, "HFB", cit.; Trib. CE, 20 aprile 1999, cause riunite T-305-307, 313, 316, 318, 325, 328, 329 e 335/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij e altri c. Commissione* - "PVC II", in *Racc.* 1999, p. II-931.

<sup>61</sup> Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 423.

<sup>62</sup> C. giust. CE, 8 luglio 1999, "Anic Partecipazioni", cit.; Trib. CE, 20 aprile 1999, "PVC II", cit.; Trib. CE, 24 ottobre 1991, causa T-1/89, *Rhône-Poulenc c. Commissione* - "Rhône-Poulenc", in *Racc.* 1991, p. II-867.

<sup>63</sup> Cfr. art. 7, comma 1, l. 287/1990.

Tuttavia, in due casi, i giudici civili nazionali si sono pronunciati su accordi che davano luogo a concentrazioni, valutandoli in base alla (sola) normativa in materia di intese. Nel caso *Ferro-Mafin*<sup>64</sup>, l'operazione di concentrazione non era stata comunicata all'AGCM, in quanto conclusa prima dell'entrata in vigore della l. 287/1990. Si trattava di un accordo transattivo attraverso cui un'impresa aveva assunto il controllo su un concorrente, assoggettandolo a una rigida disciplina su modalità produttive, investimenti, sviluppo tecnico e sbocchi sul mercato.

Il secondo caso, *Pagine Italia c. Telecom Italia*<sup>65</sup>, riguardava invece un'operazione di concentrazione autorizzata dall'AGCM nelle more del giudizio civile. La causa concerneva le azioni di nullità e risarcitoria promosse da Pagine Italia, dopo un'infelice domanda di inibitoria in sede cautelare, in relazione all'acquisizione di Seat da parte di Telecom Italia e alla collegata concessione in esclusiva alla Seat della raccolta pubblicitaria sugli elenchi telefonici pubblici della stessa Telecom Italia.

Il giudice civile aveva valutato il contratto con cui Telecom Italia aveva acquistato una partecipazione di minoranza in Seat e i relativi patti accessori di *governance*, senza considerare l'intervenuta concentrazione tra i due gruppi societari, ma rifacendosi alla sola disciplina in materia di intese e applicando canoni ermeneutici del diritto della concorrenza europeo, sviluppati prima dell'entrata in vigore della normativa sul controllo delle concentrazioni<sup>66</sup>.

In particolare, secondo il giudice del merito, «influenza dominante e restrizione della concorrenza possono realizzarsi anche per effetto di operazioni di

concentrazione societaria in conseguenza delle quali, perseguendosi una politica di gruppo, venga meno [la] competizione tra le società entrate a farne parte le quali operino nel medesimo settore di mercato con posizione predominante». In altri termini, secondo tale pronuncia, un contratto per l'acquisto di partecipazioni di minoranza in un'altra impresa costituisce un'intesa valutabile autonomamente a prescindere dalla disciplina sul controllo delle concentrazioni<sup>67</sup>.

Al contrario, in linea con una giurisprudenza consolidata, l'intervenuta concentrazione tra Telecom Italia e Seat aveva assunto rilevanza decisiva nelle (precedenti) valutazioni del giudice del reclamo in sede cautelare che, riformando la motivazione dell'ordinanza di prime cure<sup>68</sup>, aveva constatato che un'operazione di concentrazione non può costituire un'intesa vietata, perché la necessaria «partecipazione di soggetti distinti giuridicamente ed economicamente» non ricorre in un accordo concluso tra due società appartenenti al medesimo gruppo<sup>69</sup>.

## VI. CONCLUSIONI

Nell'ambito del contenzioso civile italiano, è dunque ormai pacificamente riconosciuta una nozione ampia d'intesa, atta a ricomprendere tutte le forme di collaborazione consapevolmente adottate dalle imprese e idonee a alterare la libera concorrenza. Nel rispetto del diritto della concorrenza europeo e nazionale, tale nozione ha assunto una valenza autonoma, del tutto distinta rispetto alle fattispecie di accordo normalmente riconosciute in diritto civile.

MARCO D'OSTUNI

<sup>64</sup> Cass., sez. I, 1 febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, p. 831 ss.

<sup>65</sup> App. Torino 7 agosto 2001, in *Dir. ind.*, 2002, p. 261 ss.

<sup>66</sup> C. giust. CE, 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company c. Commissione* - "Continental Can", in *Racc.* 1973, p. 215.

<sup>67</sup> Tuttavia, nella fattispecie i giudici torinesi hanno ritenuto che l'intesa non conferisse un'in-

fluenza dominante all'impresa acquirente, in quanto la partecipazione di minoranza acquisita non era superiore a quelle di altri investitori istituzionali e *partner* industriali facenti parte della compagine sociale.

<sup>68</sup> App. Torino, sez. I, 29 novembre 2000, in *Corr. giur.*, 2003, p. 371 ss.

<sup>69</sup> App. Torino 19 febbraio 2001, in *Riv. dir. comm.*, 2002, II, p. 95 ss.



### *Bibliografia*

Lo SURDO, «“Accordo” contrattuale e “intesa” ai sensi della normativa antitrust», in *Contr.*, 2001, III, p. 299 ss.; ROTONDO, «Brevi note sulle intese fra imprenditori e lesione della concorrenza», in *Riv. dir. impr.*, 1999, II, p. 367 ss.; M. SIRAGUSA - C. RIZZA, *EU Competition Law*, vol. III, Deventer, 2012, p. 16 ss.; I. VAN BAEL - J.F. BELLIS, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza*, Torino, 2009; COLANGELO,

«Intesa restrittiva e nozione di accordo», in *Foro it.*, 2004, I, p. 34 ss.; P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010; CAIAZZO, «Pratiche concordate: concertazione e parallelismo cosciente. Limiti e confini di una categoria logico-giuridica molto speciale», in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, XI, p. 3179 ss.; LIBERTINI, «Pratiche concordate e accordi nella disciplina della concorrenza», in *Gior. dir. amm.*, 1997, V, p. 443 ss.