



Dipartimento di Impresa e Management

Cattedra di Economia Industriale

Oligopolio e condotte collusive: Il caso della vendita dei diritti audiovisivi del campionato di calcio di Serie A

RELATORE

Prof. Umberto Monarca

Candidato

Matteo Sebastiani

Matr. 193901

ANNO ACCADEMICO 2016/2017

Introduzione

Introduzione	3
---------------------	----------

Capitolo primo

1.1 Oligopolio: determinazione e connotati	4
1.2 Teoria dell'oligopolio	7
1.2.1 Il modello di Cournot	7
1.2.2 Il modello di Bertrand	10
1.2.3 Le divergenze degli equilibri di Cournot e Bertrand: applicazione dei modelli in un contesto economico reale	10
1.2.4 Il modello di Stackelberg	11
1.2.5 Confronto tra i tre modelli	12
1.3 Teoria dei giochi	13
1.3.1 Gioco multiperiodale e dilemma del prigioniero ripetuto	16
1.4. Modalità e forme collusive	17
1.4.1 Accordi formali ed informali	17
1.4.2 Price leadership	18
1.4.3 Regole di decisione empiriche e punti focali	19
1.5 I fattori che agevolano i comportamenti collusivi	19

Capitolo secondo

2.1 Premesse: il modello ideale di mercato	22
2.2 Disciplina dell'antitrust	23
2.2.1 Disciplina dell'antitrust negli Stati Uniti di America	24
2.2.2 Disciplina antitrust in Europa e in Italia	25
2.2.3 Divergenze tra la disciplina statunitense ed europea	27
2.2.4 Considerazioni generali sulla disciplina	27
2.3. La fattispecie dell'intesa restrittiva della concorrenza	28
2.3.1 Provare l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza	30
2.4 Ambiti applicativi dell'art. 101 e in generale della disciplina antitrust	32

Capitolo terzo

3.1 Premessa	34
3.2 L'iter del procedimento	35
3.2.1 Le parti dell'intesa	36
3.2.2 Il contesto normativo di riferimento	37
3.2.3 Il mercato rilevante e i mercati collegati ad esso	38
3.2.4 Gli elementi acquisiti durante l'istruttoria	38
3.2.5 Argomentazioni delle parti	40
3.3 Valutazioni dell'AGCM	41
3.4 Decisioni dell'AGCM	43

Conclusioni

Conclusioni	45
--------------------	-----------

Bibliografia

5 Bibliografia	47
-----------------------	-----------

INTRODUZIONE

Il fine di tale indagine sarà esaminare la fattispecie dell'intesa restrittiva della concorrenza. Per raggiungere il suddetto scopo cominceremo, in prima battuta, ad evidenziare il contesto di manifestazione delle intese restrittive più fecondo, quale il mercato oligopolistico. In seguito procederemo alla focalizzazione delle tipologie di intese restrittive della concorrenza e alla loro relativa disciplina. In ultima battuta ci soffermeremo sullo studio di un caso reale della fattispecie in questione. Il lavoro si svilupperà sulla base di tre capitoli.

Nel primo capitolo rivolgeremo la nostra attenzione sull'origine delle pratiche collusive. Dunque, si darà risalto all'analisi della tipologia di mercato dell'oligopolio servendoci delle teorie prevalenti e, successivamente, alla determinazione delle modalità e delle forme di collusione, evidenziando i fattori che possano agevolarne l'instaurazione.

Il secondo capitolo sarà concentrato sullo studio della normativa e della disciplina esistente, relativa alla nostra fattispecie. I casi delle pratiche collusive hanno spinto le autorità degli Stati Uniti, e poi anche dell'Europa, a creare una disciplina apposita per la regolamentazione delle stesse, nota come disciplina dell'Antitrust o della concorrenza. Sarà, quindi, nostro compito osservare l'evoluzione di tale normativa nel corso degli anni e le differenze applicative negli USA e in Europa. Continuando, porremo particolare attenzione alla regolamentazione della fattispecie oggetto dello studio e alle difficoltà di provare l'evidenza della stessa da parte delle autorità competenti in materia antitrust.

Nel terzo ed ultimo capitolo cercheremo di conferire immagine a quanto argomentato con la messa in luce di un caso antitrust reale, quale la vendita dei diritti televisivi per il campionato di calcio di Serie A.

CAPITOLO PRIMO

Mercato oligopolistico

1.1 Oligopolio: determinazione e connotati – 1.2 Teoria dell'oligopolio – 1.2.1 Il modello di Cournot – 1.2.2 Il modello di Bertrand – 1.2.3 Le divergenze degli equilibri di Cournot e Bertrand: applicazione dei modelli in un contesto economico reale – 1.2.4 Il modello di Stackelberg – 1.2.5 Confronto tra i tre modelli – 1.3 Teoria dei giochi – 1.3.1 Gioco multiperiodale e dilemma del prigioniero ripetuto – 1.4. Modalità e forme collusive – 1.4.1 Accordi formali ed informali – 1.4.2 Price leadership – 1.4.3 Regole di decisione empiriche e punti focali – 1.5 I fattori che agevolano i comportamenti collusivi

1.1 Oligopolio: determinazione e connotati

Qualunque struttura di mercato può essere contraddistinta sulla base di due fondamentali parametri: numero di imprese attive sul mercato e grado di omogeneità dei prodotti. Contemplando il numero di produttori si transita dai mercati competitivi (alto numero di imprese produttrici) ai mercati oligopolistici (basso numero di imprese produttrici). Valutando, invece, il grado di omogeneità del prodotto si finisce da mercati con prodotti altamente differenziati a mercati con prodotti omogenei. Volendo, tuttavia, definire una struttura di mercato risulta fondamentale lo studio della concentrazione di mercato (definita anche come potere di mercato). Gli economisti, infatti, per determinare una struttura di mercato, si avvalgono dello studio delle curve di concentrazione (ipotizzando che ciascuna curva rappresenti un mercato). Esse fungono da strumento di analisi e valutazione di varie misure quantitative detti indici di concentrazione. Le variabili dimensionali, che caratterizzano il potere di mercato, sono rappresentate attraverso la curva di concentrazione, la quale viene descritta da un semplice asse cartesiano.

Troviamo rispettivamente, la percentuale dell'output cumulato sull'asse delle ordinate e il numero cumulato di imprese, a partire dalla più grande, sull'asse delle ascisse. Le curve sono tutte concave verso il basso (o al limite sono delle rette) poiché la variabile delle ascisse è decrescente. Per leggere le curve di concentrazione ci serviamo del criterio di classificazione di Hannah e Kay. Secondo i due eminenti un mercato sarebbe più concentrato di un altro se la sua curva giace, per ogni suo punto, al di sopra della curva dell'altra.

Per quanto concerne le misure quantitative del potere di mercato, le più significative sono il rapporto di concentrazione delle prime quattro (CR4) e l'indice Herfindahl-Hirschman (HHI). Entrambi esprimono delle misure della concentrazione assoluta, in quanto tengono conto sia della quota di mercato di ogni singola impresa che del numero complessivo di produttori operanti nel settore. Il CR4 è calcolato come la percentuale di ricavi delle vendite che fa capo alle quattro imprese che hanno i ricavi più elevati in quell'industria¹ (*significant firms*).

Il secondo indice (HHI) è pari alla somma dei quadrati delle quote percentuali di mercato relative a tutte le imprese operanti nel settore. L'HHI può assumere valori compresi tra 0 e 10000². Una forma di mercato oligopolistica è determinata da un valore di CR4 o HHI intermedio. Lo studio della concentrazione gioca, dunque, un ruolo perno nel determinare la struttura di mercato.

Alcuni studi prettamente statistici hanno portato ad asserire che, nel corso della storia economica, vi sia stato un vero e proprio progresso della concentrazione e quindi cambiamento delle forme di mercato, passando da forme inizialmente concorrenziali a forme di potere di mercato concentrato³. Basandoci su di essi possiamo affermare che le strutture di mercato più facilmente riscontrabili, nel contesto storico odierno, sono quelle oligopolistiche. L'oligopolio, dal greco *oligo* (pochi) e *polin* (vendere), è una tipologia di mercato contraddistinta da uno scarso numero di imprese operanti e un grado di differenziazione di prodotto non definito⁴. Questo è dovuto al fatto che certe teorie vertono su casi di oligopolio con prodotti omogenei ed altre sono rivolte alla fattispecie dell'oligopolio con prodotti differenziati.

Passiamo, ora, all'analisi dei capitali connotati del mercato oligopolistico che, indicativamente, sono:

- **La scarsa numerosità delle imprese operanti**

Questo aspetto non è da considerare come assoluto, in quanto anche un mercato caratterizzato da molte imprese può essere considerato oligopolistico in virtù della concentrazione dello stesso.

¹ Un settore il cui totale delle vendite è riferibile esclusivamente a quattro imprese ha un CR4 pari a 100. Un settore in cui le prime quattro imprese detengono rispettivamente il 10%, il 7% ed il 3% delle vendite totali ha un CR4 pari a 20.

² Al primo estremo (0) il mercato è perfettamente concorrenziale, nel secondo (10000) il mercato è monopolistico.

³ Per approfondimenti si veda: Paolo Sylos Labini, *Oligopolio e progresso tecnico*, Einaudi, 1967

⁴ Come vedremo più avanti il grado di differenziazione del prodotto risulterà essere caratteristica fondamentale per determinare la collusione o meno tra le imprese.

Un mercato denso di imprese ma con un livello mediamente elevato dell'indice di concentrazione (CR4 o HHI) può definirsi oligopolistico in quanto individua al suo interno poche imprese leader e un numero elevato di imprese subordinate alle decisioni delle prime.

- **L'interdipendenza concorrenziale**

Con la definizione di oligopolio si intende raccogliere tutti i mercati aventi come caratteristica comune l'interdipendenza concorrenziale: le scelte di una determinata impresa si ripercuotono in maniera consistente sui profitti delle altre. Nel caso dell'oligopolio le imprese devono tenere conto delle potenziali reazioni dei concorrenti in seguito alle proprie azioni. Quindi, le curve di domanda delle singole imprese non saranno definite da circostanze oggettive ma si baseranno su stime, valutazioni e congetture, preventive e razionali, correlate alle potenziali risposte dei concorrenti.

- **Incertezza**

Dovendo, perciò, le imprese sviluppare le proprie strategie e decisioni relativamente a delle ipotesi su futuri corsi di azioni, un oligopolio può costituire una forma di mercato dove le imprese assumono scelte sulla base di dati puramente incerti, pressoché imprevedibili, che non consentono di descrivere compiutamente lo scenario di riferimento. Dunque, nel caso degli oligopoli non esistono posizioni di equilibrio competitivo spontanee.

In definitiva, la concentrazione o potere di mercato accresce la forza delle imprese più grandi, in quanto esse vengono a trovarsi nella condizione di controllare la maggior parte della produzione, e di conseguenza, essere incentivate a cooperare tra di loro per ostacolare la concorrenza. Possiamo, per quanto detto fino ad ora, definire un oligopolio come un mercato formato da una ristretta cerchia di imprese "leader", le quali possiedono la maggior parte delle quote percentuali di vendita del mercato, e che quindi, tramite le proprie decisioni, possiedono le capacità di influenzare le condizioni naturali del mercato.

1.2 Teoria dell'oligopolio

La teoria economica si è occupata, per lungo tempo, della ricerca di una formulazione soddisfacente del comportamento delle imprese facenti parte di un oligopolio e degli effetti, che da tali comportamenti derivano, sulle variabili dell'industria (prezzo, profitto, quantità, et cetera). Paul Sylos Labini afferma che la teoria dell'oligopolio si trova in uno stato fluido, in quanto sono presenti e continuano ad essere presentate nuove formulazioni teoriche sull'oligopolio. I vari modelli di oligopolio differiscono per il tipo di azioni svolte dalle imprese (ad esempio fissazione del prezzo o della produzione), per l'ordine

con cui possono effettuarla (ad esempio può esserci un'impresa che agisce come prima e le restanti successivamente), per la durata del gioco (gioco uni-periodale o multi-periodale). Questa dilungazione a testimonianza delle difficoltà di costruire ed applicare una teoria che sia valida univocamente per l'oligopolio.

Ad ogni modo, secondo le teorie prevalenti, l'oligopolio rappresenta un mercato in cui un numero ridotto di imprese opera in modo indipendente, essendo, però, consapevoli l'una dell'esistenza dell'altra. Quindi, un'impresa deve tenere conto del comportamento dei rivali per stabilire quale sia la strategia ottimale da seguire.

Per quanto riguarda il prezzo di equilibrio, in un contesto oligopolistico, esso viene fissato ad un livello intermedio tra quello concorrenziale e quello monopolistico ed i profitti attesi di ogni impresa vengono massimizzati in base a quale sarà la condotta prevista dai rivali. Se le imprese competono ripetutamente nel corso del tempo sono in grado di modificare le loro convinzioni. Inoltre, secondo la dottrina preminente, le imprese considerano credibili da parte dei *competitors* soltanto quell'insieme di azioni che costituiscono delle scelte ottimali per questi ultimi. Proseguiamo, ora, analizzando singolarmente le principali teorie, le quali si basano unitariamente sul concetto marginalista ($MR = MC$)

1.2.1 Il modello di Cournot

Augustin Cournot presentò il primo e forse anche più utilizzato modello oligopolistico nel libro "Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses", pubblicato nel 1838. Cournot prende ad esame il caso più semplice di oligopolio, il duopolio, cioè un mercato con due sole imprese. Egli ipotizza che ciascuna impresa agisca in modo indipendente e tenti di massimizzare i profitti scegliendo l'output. Quindi, le imprese agiscono come *quantity takers*. Le ipotesi forti del modello sono:

- 1) nessuna entrata
- 2) omogeneità dei prodotti
- 3) un solo periodo di attività
- 4) domanda è funzione lineare del prezzo
- 5) costi marginali costanti

Per massimizzare il suo profitto, l'impresa A dovrà stabilire approssimativamente quanto produrrà l'impresa B, assumendo che essa adotti sempre un comportamento razionale, ossia volto alla massimizzazione del proprio profitto. Se l'impresa A è convinta che l'impresa B produrrà una quantità di output pari a q_B unità, allora essa può stabilire la quantità q_A che massimizza il suo profitto. L'impresa A può vendere una quantità pari alla domanda del mercato meno q_B .

Perciò si ha: $q_A = Q_m - q_B$

Dove:

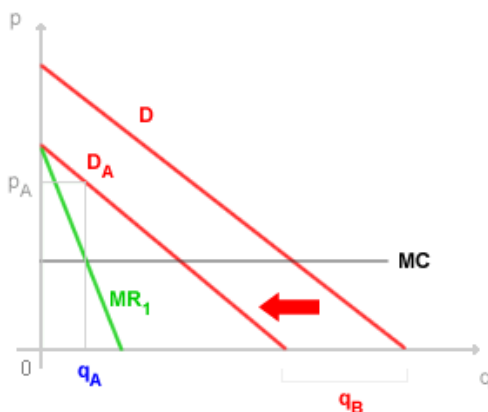
$Q(m)$ = quantità di mercato

$q(A)$ = quantità dell'impresa A

$q(B)$ = quantità dell'impresa B

Quest'equazione esprime la funzione della curva di domanda residuale, la quale descrive la relazione tra il prezzo e la quantità prodotta da un'impresa quando le altre imprese operanti sul mercato vendono un ammontare fisso di prodotto (in questo caso q_B). L'impresa A, così facendo, ottiene il monopolio su quei consumatori la cui domanda non è soddisfatta dall'impresa B. Tale livello di produzione rappresenta la miglior risposta dell'impresa A a una produzione di q_B unità dell'impresa 2. La miglior risposta definisce la scelta dell'output che massimizza il profitto di un'impresa dati i livelli di output delle imprese rivali⁵.

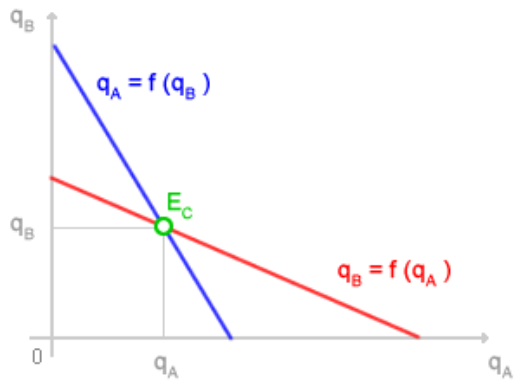
Per avere un'inquadratura più precisa del modello, si fornisce il seguente esempio:



Il grafico mostra che, quando l'impresa B produce una quantità q_B , la curva di domanda residuale dell'impresa A è D_A , ovvero la curva di domanda di mercato traslata verso sinistra di q_B unità. In base a questa curva di domanda residuale, l'impresa A massimizza il proprio profitto producendo q_A unità, ossia il punto in cui la curva del ricavo marginale (MR_1) eguaglia il costo marginale (MC). Questo output rappresenta la migliore risposta dell'impresa A quando l'impresa B produce q_B unità di output.

L'equilibrio nel modello di Cournot è ottenuto, come rappresenta il grafico seguente, dall'intersezione delle funzioni di reazione [$q_A = f(q_B)$] e [$q_B = f(q_A)$] delle due imprese A e B, le quali mostrano la migliore azione da parte della rispettiva impresa, date le sue previsioni sulla potenziale reazione dell'impresa rivale.

⁵ Essendo, però, la miglior risposta basata su aspettative pure, dove l'esperienza non risulta essere contemplata, le imprese non riusciranno complessivamente a massimizzare i propri profitti. È proprio questa motivazione che muove le imprese ad assumere atteggiamenti collusivi.



Pertanto, l'equilibrio di Cournot delinea un equilibrio di un mercato oligopolistico in cui ogni impresa sceglie l'output che massimizza il proprio profitto dati gli output fissati dalle altre imprese giungendo ad un livello di output tale per cui nessuna impresa abbia incentivo a cambiare. Cournot non spiega come si giunga a questo equilibrio, in quanto la sua teoria si riferisce ad un modello statico. Tuttavia, riconducendo esso ad un gioco ad una sola mossa, il quale verrà trattato successivamente, si può affermare che l'equilibrio in questione è raggiunto, poiché l'impresa A, dovendo pensare alle reazioni potenziali del rivale e a massimizzare il proprio profitto, condurrà i propri amministratori a raggiungere l'equilibrio di Cournot. Sotto questa prospettiva, l'equilibrio di Cournot costituisce un esito inerziale, quando le imprese sono consapevoli della loro interdipendenza concorrenziale e presuppongono la reciproca razionalità. Cournot contempla nel suo modello il monopolio e la concorrenza perfetta come casi estremi, giungendo alla conclusione che la soluzione del modello si avvicina a quella di equilibrio concorrenziale al crescere del numero di imprese operanti nel mercato.

1.2.2 Il modello di Bertrand

Secondo il modello di Joseph Bertrand le imprese fissano il prezzo, anziché l'*output* da produrre come nel modello antecedente. Esso fu il primo modello proposto (1883) in cui ogni impresa sceglie il prezzo di vendita del proprio bene e, quindi, si dichiara pronta a soddisfare tutta la domanda per il suo bene al prezzo predeterminato. Bertrand sviluppa questo modello, in quanto non condivideva l'assunto fatto da Cournot secondo il quale le imprese erano configurate come *quantity takers*⁶. Secondo Bertrand ogni impresa ritiene che il prezzo del rivale sia fisso; in questo modo, con un leggero taglio ai prezzi, ogni impresa è in grado di servire tutta la domanda sottraendo la quota di mercato al *competitor* (tenendo bene a mente che i prodotti sono omogenei)⁷. Un equilibrio di Bertrand si

⁶ Le imprese decidono autonomamente l'output da fissare.

⁷ Se i prodotti fossero considerati dai consumatori come differenziati, allora tale meccanismo non risulterebbe essere contemplato.

manifesta quando ciascuna impresa sceglie un prezzo che massimizza il proprio profitto, dato il prezzo stabilito dalle imprese. Seguendo questo ragionamento, l'unico possibile equilibrio, nel modello di Bertrand, si ottiene quando le imprese ricavano profitti pari a 0 in conseguenza di un continuo abbassamento dei prezzi, fino ad arrivare alla condizione per cui il prezzo eguaglia i costi marginali ($P = MC$), ossia quella soglia al di sotto della quale non risulta essere più conveniente produrre per i produttori. A differenza dell'equilibrio di Cournot, l'equilibrio di Bertrand corrisponde all'equilibrio di un mercato perfettamente concorrenziale con un grande numero di imprese.

Questo modello venne, tuttavia, criticato da Francis Edgeworth, il quale sosteneva che esso avesse dei vincoli per via delle capacità produttive di un'impresa, che potrebbero non essere illimitate, e dei costi medi di produzione, che potrebbero aumentare rapidamente all'aumentare dell'output. Edgeworth arriverà alla conclusione che nel modello di Bertrand non si giunge mai ad un equilibrio statico con un unico prezzo.

1.2.3 Le divergenze degli equilibri di Cournot e Bertrand: applicazione dei modelli in un contesto economico reale

I due equilibri, appena osservati, forniscono consistenti differenze su quantità, prezzi e profitti per un mercato oligopolistico. Nel modello di Cournot, il prezzo di equilibrio è generalmente superiore al costo marginale (MC), e si avvicina a quello di concorrenza perfetta solo quando la prima ipotesi del modello (nessuna entrata) viene meno. Contrariamente, nel modello di Bertrand, anche in presenza di due sole imprese, la concorrenza è tale da condurre ad un equilibrio che replica assiduamente quello di concorrenza perfetta. Ciò nonostante, entrambi i modelli possono tornare utili, offrendoci divergenti, ma valide, chiavi di lettura riguardo il funzionamento di un mercato reale. In primo luogo, possiamo immaginare i due modelli come aventi origine in due orizzonti temporali dissimili. Il modello di Cournot, può essere visto come un modello di concorrenza di lungo periodo nelle capacità produttive; le imprese inizialmente scelgono l'impianto di produzione e poi competono sul prezzo, data la capacità⁸. Alternativamente, il modello di Bertrand può essere inteso come un modello di concorrenza di breve periodo nei prezzi, in cui le imprese hanno una capacità produttiva tale da poter soddisfare la domanda di mercato a qualsiasi prezzo, purchè maggiore o uguale al costo marginale. Un'aggiuntiva divergenza risiede nelle differenti ipotesi relative a come l'impresa si aspetti che il rivale reagisca alle sue decisioni strategiche. Basandosi su Cournot, l'impresa si

⁸ Per un'approfondita verifica si consulti: D. Kreps, J. Scheinkman, "Quantity Precommitment and Bertrand Competition Yield Cournot Outcomes", *Bell Journal of Economics* 14, 1983, pp. 326-337

aspetta dal rivale una reazione istantanea ad ogni variazione di prezzo, in modo tale da mantenere costante l'output. Questa tipologia di aspettativa può trovare riscontro nelle industrie dove le imprese possono di solito modificare più rapidamente i loro prezzi rispetto all'ammontare delle quantità prodotte. Perciò, un'impresa non può prevedere di sottrarre clienti ai rivali riducendo il proprio prezzo, di conseguenza, si comporterà in maniera meno aggressiva rispetto all'impresa di Bertrand ed il prezzo di equilibrio sarà superiore al costo marginale. Inversamente, nel modello di Bertrand l'impresa è convinta di poter attrarre clienti abbassando i propri prezzi, sapendo che avrà le capacità produttive per soddisfare la nuova domanda dei consumatori. Queste ipotesi potrebbero aver senso in mercato caratterizzato da un eccesso di capacità produttive.

1.2.4 Il modello di Stackelberg

Il modello di Heinrich Von Stackelberg costituisce una terza fondamentale analisi di un mercato oligopolistico. In questo modello, come in quello di Cournot, le imprese fissano l'output. Esso, però, si distingue dai modelli precedentemente esaminati, dal momento che prevede una situazione dove un'impresa agisce prima delle altre scegliendo il suo livello di produzione che massimizza il suo profitto (configurandosi come impresa leader nelle quantità), mentre le restanti imprese fisseranno le loro quantità ottimali dato l'output dell'impresa leader (configurandosi come imprese follower). In alcune industrie, fattori storici, giuridici, istituzionali, od anche professionali, stabiliscono quale impresa possa fare la prima mossa. Ad esempio, l'impresa che scopre e sviluppa un nuovo prodotto possiede il vantaggio della prima mossa tanto quanto l'impresa che decide di espandere la sua capacità produttiva costruendo nuovi impianti. Il leader sceglie, quindi, q_B in modo da massimizzare il suo profitto, conoscendo che l'impresa follower sceglierà di produrre un livello di output collocato sulla sua funzione di reazione alla Cournot. Così, l'impresa leader di Stackelberg ottiene un profitto maggiore e il follower uno minore rispetto all'equilibrio di Cournot (sapere in anticipo come si comporterà il proprio rivale consente al leader di avvantaggiarsi a spese del follower). Il modello di Stackelberg è un particolare gioco sequenziale e quindi può essere analizzato mediante l'utilizzo della forma estesa o albero decisionale⁹.

⁹ Tratteremo questi ultimi concetti nella teoria dei giochi.

1.2.5 Confronto tra i tre modelli

Confrontando tra di loro i modelli, appena descritti, si possono evincere le seguenti relazioni fondamentali:

- l'output prodotto è maggiore nel modello di Bertrand, in quanto il modello tende all'equilibrio concorrenziale; successivamente avremo l'output di Stackelberg; infine l'output prodotto nel modello di Cournot
- il prezzo è più elevato nel modello di Cournot; risulta essere intermedio quello di Stackelberg; il minore è quello di Bertrand
- il profitto per ragioni di logica sarà, in ordine decrescente, dato dalla seguente relazione: $\pi(C) > \pi(S) > \pi(B)$
- le quantità sono fissate solamente nei modelli di Cournot e Stackelberg
- Il prezzo è fissato unicamente nel modello di Bertrand
- Esclusivamente i modelli di Cournot e Stackelberg sono influenzati dal numero di imprese nel mercato: maggiore sarà il numero delle imprese attive sul mercato tanto più l'equilibrio si avvicinerà a quello di ottimo sociale o concorrenziale.

1.3 Teoria dei giochi

La moderna teoria dei giochi¹⁰ rappresenta sostanzialmente un'evoluzione mossa dall'assenza di una base teorica riguardo le aspettative dei modelli originariamente sviluppatasi (Cournot, Bertrand e Stackelberg). Si sofferma, infatti, sull'analisi delle decisioni ottimali in contesti competitivi, nei quali le azioni di ogni decisore hanno un impatto rilevante sulla performance dei decisori rivali. Tutti i modelli di oligopolio possono essere visti come esempi di teoria dei giochi, la quale utilizza modelli formali per analizzare i casi di conflitto e collaborazione. Essa fornisce, dunque, una visione alternativa al problema statico della determinazione dell'equilibrio di un oligopolio. Centrale è, in questo ambito, l'esame del comportamento di due o più parti chiamate a scegliere tra un numero limitato di opzioni. Fondamentale risulta, allora, essere una progettazione strategica. Il significato che Aristotele attribuiva al termine "strategia" era di "ricerca del successo" e, quindi, di vittoria in un contesto antagonistico, competitivo. Servendoci di quest'accezione, possiamo affermare che, in termini economici, la strategia costituisce la ricerca della massimizzazione del profitto, ossia l'obiettivo che le parti hanno nella teoria dei giochi e non solo.

¹⁰ Si prendono in considerazione gli sviluppi teorici a partire da John Von Neumann e Oskar Morgenstern ("Theory of games and Economic behaviour", 1944), anche se la teoria dei giochi abbia ben più remote origini.

Gli elementi che definiscono un gioco sono: i giocatori, le regole in base al quale si articola il gioco, le strategie¹¹ a disposizione di ciascun giocatore e i *payoff*¹² associati ad ogni combinazione di strategia.

Nella teoria dei giochi vengono definite due fenomenologie di strategia:

la strategia dominante

si ha se il suo *payoff* è superiore a quello di un'altra strategia disponibile, indipendentemente dalla mossa che l'altro giocatore adotterà

la strategia dominata

si consegue se il suo *payoff* è inferiore a quello di un'altra strategia disponibile, indipendentemente dalla mossa che l'altro giocatore adotterà

Successivamente possiamo distinguere le strategie in:

strategie pure

rappresentano una specifica scelta di una strategia tra quelle disponibili

strategie miste

rappresentano una scelta tra due o più strategie pure basata su probabilità prestabilite.

Per identificare i probabili esiti dei giochi, la teoria ricorre al concetto di equilibrio di Nash. Esso si manifesta in una situazione in cui ogni giocatore sceglie la strategia che gli consente di ottenere il più alto payoff, date le strategie scelte dagli altri giocatori.

Fornendo un esempio classico:

		GIOCATORE 2	
		S ₁	S ₂
GIOCATORE 1	S ₁	A 2; 2	B 2; 1
	S ₂	C 1; 2	D 1; 1

Possiamo, allora, evidenziare i seguenti postulati:

1. quando un giocatore ha una strategia dominante, essa sarà la strategia dell'equilibrio di Nash del giocatore (nell'esempio risulta essere S₁ per entrambi i giocatori). È possibile trovare la strategia dell'equilibrio di Nash dell'altro giocatore individuando la sua migliore risposta alla strategia dominante del concorrente.
2. Ogni volta che entrambe le imprese hanno una strategia dominante, queste strategie costituiranno l'equilibrio di Nash del gioco in oggetto (nel grafico è infatti definito da A).

¹¹ Più precisamente, nella teoria dei giochi, si usa il termine strategia come insieme delle azioni e delle mosse che ciascun giocatore può compiere in risposta a quelle degli altri giocatori per massimizzare il suo profitto.

¹² Corrispondono ai risultati in termini di profitto per le imprese.

3. Se nessun giocatore ha una strategia dominante, ma entrambi hanno una o più strategie dominate, è spesso possibile individuare l'equilibrio di Nash eliminando le strategie dominate, e quindi semplificando l'analisi del gioco (risulta essere un caso frequente quando i giocatori possiedono molteplici strategie a disposizione).
4. Quando un gioco non ha un equilibrio di Nash in strategie pure esse possiederà in ogni caso almeno un equilibrio di Nash in strategie miste.

L'equilibrio di Cournot e quello di Bertrand costituiscono due peculiari esempi dell'equilibrio di Nash. L'equilibrio di Cournot è un caso particolare di equilibrio di Nash, in quanto è la naturale conseguenza di un gioco sulle quantità a una sola mossa. Per questa ragione, alcuni libri definiscono l'equilibrio di Cournot come equilibrio di Cournot-Nash o equilibrio di Nash nelle quantità. Nell'equilibrio di Bertrand invece ogni impresa sceglie un prezzo che massimizza il proprio profitto dato il prezzo dell'altra impresa. Per cui, per il ragionamento analogo fatto con l'equilibrio di Cournot, l'equilibrio di Bertrand è un particolare esempio di equilibrio di Nash e viene per questo chiamato anche equilibrio di Nash nei prezzi.

Un gioco in cui l'equilibrio di Nash non coincide con la soluzione che massimizza il payoff complessivo, viene definito gioco del dilemma del prigioniero. Esso si esplica in una situazione in cui esiste un conflitto tra l'interesse collettivo di tutti i partecipanti e l'interesse individuale dei singoli giocatori.

Analizziamo il seguente gioco a sostegno di quanto affermato:

		Clyde:	
		confessa	nega
Bonnie:	confessa	-5, -5	0, -10
	nega	-10, 0	-1, -1

Nell'esempio, qui sopra fornito, l'equilibrio di Nash si ha quando Bonnie e Clyde confessano, e quindi quando ottengono entrambi cinque anni di carcere. Se, al contrario, avessero cooperato o colluso, entrambi avrebbero ottenuto una pena minore (1 anno di carcere). L'analisi di questo gioco ci porta, per cui, a desumere come soltanto tramite un atteggiamento collusivo si possa raggiungere la soluzione che massimizza il *payoff* complessivo dei giocatori partecipi del gioco. Il medesimo ragionamento può essere applicato al modello di Cournot, in quanto le imprese, in equilibrio, realizzano profitti inferiori rispetto a quelli che otterrebbero cooperando. Dunque, le imprese di Cournot

sono incentivate ad assumere comportamenti collusivi in modo da aumentare i profitti in prossimità della frontiera delle possibilità di profitto¹³.

Possiamo adesso evidenziare due macrocategorie di giochi:

il gioco simultaneo

Presenta due giocatori che devono prendere la propria scelta senza osservare la decisione del rivale. Se il loro comportamento è volto alla massimizzazione del profitto, la strategia dominante sarà quella che in assoluto è la migliore di qualsiasi altra strategia disponibile indipendentemente dalla strategia del rivale.

L'obiettivo di questo gioco è quello di fornire previsioni sul comportamento degli agenti in una situazione di interazione strategica. In questo gioco sono state assunte due ipotesi forti:

- conoscenza dei *payoff* associati a ciascuna combinazione di strategie
- perfetta razionalità e quindi intenzionalità degli agenti

Un tipico esempio di gioco simultaneo è il duopolio di Cournot. Infatti, nel modello di oligopolio più semplice di Cournot le imprese scelgono il proprio output nello stesso istante, non riuscendo così a massimizzare i propri *payoff*.

gioco sequenziale

Consente di rappresentare la situazione più realistica di un giocatore che decide la prima mossa e del rivale che sceglie la propria mossa in funzione della decisione presa dal primo giocatore. La possibilità di muovere per primo in un gioco sequenziale può avere a volte un elevato valore strategico¹⁴. Ciò accade perché un impegno assunto da un'impresa, in uno stadio iniziale del gioco, può alterare le aspettative dei suoi concorrenti circa il suo comportamento, e questo a sua volta può portare i rivali a prendere decisioni che avvantaggiano l'impresa che si è mossa per prima. Questa azione compiuta in uno stadio iniziale di un gioco è nota come mossa strategica. Per analizzare questa tipologia di gioco si può fare uso del c.d. albero del gioco¹⁵. Al fine di raggiungere la soluzione, si utilizza il meccanismo dell'induzione all'indietro¹⁶. Un esempio fondamentale è costituito dal modello di Stackelberg nel quale un'impresa sceglie per prima le quantità che massimizzano il suo profitto e le altre scelgono quanto produrre in base alla decisione presa dall'impresa leader.

¹³ curva che descrive il limite massimo di profitto raggiungibile sulla base delle capacità produttive dell'impresa, dato il profitto del rivale.

¹⁴ Si conferma, dunque quanto visto nel modello di Stackelberg: quando si ha la capacità di muovere per primo si può ottenere un vantaggio strategico.

¹⁵ Diagramma che mostra le differenti strategie che ogni giocatore può scegliere e l'ordine in cui avvengono le decisioni.

¹⁶ Procedura per risolvere un gioco sequenziale che prevede di iniziare dalla fine del gioco e di trovare la decisione ottimale per ogni giocatore in ciascun nodo decisionale.

Entrambe le tipologie di gioco analizzate sono uni-periodali o anche dette *one shot game*. È importante sottolineare che molte situazioni reali di comportamento strategico, come quella che andremo ad esaminare nel terzo capitolo, sono più adeguatamente rappresentate da giochi ripetuti o multi-periodali.

1.3.1 Gioco multiperiodale e dilemma del prigioniero ripetuto

Il gioco multi-periodale è definito da un gioco ad una sola mossa che si ripete un numero di volte finito o infinito. In questo gioco le imprese possono utilizzare strategie complesse in cui il comportamento adottato, in un particolare periodo, dipende dall'esito del gioco in periodi precedenti (viene introdotta la componente dell'esperienza). Un modello di gioco ripetuto è, per queste ragioni, particolarmente efficace nell'analisi di situazione collusive e di cartello: la ripetizione consente a ciascun giocatore di adattare le proprie strategie alle azioni passate del rivale e rende particolarmente efficace il deterrente di azioni ritorsive e punitive verso comportamenti non cooperativi. Il principale vantaggio di un gioco multi-periodale risiede nel consentire interazioni più complesse e realistiche tra le imprese rispetto ad un gioco uni-periodale. In questo ambito il gioco del dilemma del prigioniero assumerebbe una forma dinamica e, quindi, potendo i giocatori interagire ripetutamente, si può ammettere l'eventualità che ciascuno di essi possa collegare le proprie decisioni correnti a quanto il rivale ha fatto negli stadi precedenti del gioco. Ciò può portare a risultati notevolmente diversi rispetto ai modelli statici (*one-shot*), in cui i *participant* fanno un'unica mossa, grazie alla possibilità di cooperare, ma anche di spiazzare le aspettative del rivale e quindi di arrivare ad ottenere la soluzione che massimizza il *payoff* complessivo dei giocatori, o altrimenti quella di un solo giocatore. Bisogna, dunque, precisare come la probabilità di un comportamento cooperativo aumenta proporzionalmente al verificarsi di determinate condizioni:

- I giocatori sono pazienti
- Le interazioni tra i giocatori sono frequenti
- l'imbroglio è facile da scoprire
- il guadagno *una tantum* derivante dall'imbroglio è relativamente piccolo

Al contrario la probabilità di un comportamento cooperativo si riduce secondo tali condizioni:

- i giocatori sono impazienti
- le interazioni tra i giocatori sono poco frequenti
- l'imbroglio è difficile da scoprire

- il guadagno *una tantum* derivante dall'imbroglio è grande in confronto al suo eventuale costo

L'analisi del gioco ripetuto del dilemma del prigioniero offre una fondamentale riflessione: in contesti dinamici e competitivi le imprese devono avere la capacità di anticipare le risposte dei *competitor*, altrimenti saranno stimolate a cooperare.

Imparare a ragionare dal punto di vista dei giocatori rivali, cioè osservare e valutare il mondo con i loro occhi anziché con i propri, ritrae uno dei più utili insegnamenti della teoria dei giochi. Barry Nalebuff e Adam Brandenburger definiscono questa capacità ragionamento allocentrico, il quale si contrappone al ragionamento egocentrico che spinge a vedere il mondo esclusivamente dal proprio punto di vista.

1.4 Modalità e forme collusive

Questo richiamo alle principali formulazioni teoriche ci deve esser servito a comprendere come le imprese, in condizioni di oligopolio, siano incentivate ad assumere comportamenti collusivi e a stipulare intese volte a massimizzare i propri payoff. Queste intese possono, però, potenzialmente arrecare un pregiudizio nei confronti delle dinamiche concorrenziali del mercato.

Ma quali sono le tipiche forme di collusione e come si manifestano?

Se definiamo il fine di una intesa con il mantenimento del saggio di profitto al di sopra del livello che si realizza in assenza di cooperazione, possiamo verificare un'ampia gamma della fattispecie in questione. Tuttavia, in via del tutto generalista, si possono evidenziare quattro macrocategorie di collusione:

1. accordi formali ed informali
2. price leadership
3. regole empiriche di decisione
4. uso di punti focali

1.4.1 Accordi formali ed informali

Un'intesa può, innanzitutto, avvenire sotto forma di una stipulazione d'accordo volta a limitare o ad impedire la competizione. Gli accordi possono riguardare: la formulazione di una politica comune dei prezzi e delle condizioni di vendita; la suddivisione del mercato fra i competitori; la formazione di organizzazioni complesse finalizzate a disciplinare i vari aspetti del processo competitivo, che prendono il noto nome di

cartelli¹⁷. Gli accordi di prezzo sono la forma più debole di intesa, in quanto il mercato rimarrebbe competitivo grazie alle possibilità di differenziazione del prodotto e di ampliamento delle capacità produttive. L'accordo di prezzo porta alla realizzazione di un prezzo monopolistico ma risulta essere comprensibile, che non appena ciò accada, le imprese saranno spronate a produrre maggiormente per massimizzare i profitti e, perciò, il mantenimento del prezzo concordato potrebbe essere compromesso. Per limitare questa problematica, i cartelli di prezzo risultano essere suddivisi in tre forme tipiche:

cartello obbligatorio

consiste in un accordo inteso a limitare la produzione delle singole imprese, assegnando a ciascuna di esse una quota massima di produzione

cartello di offerta

si applica nei settori che producono su commessa e consiste nell'interporre, fra i committenti e le imprese, un organismo che provvede a raccogliere le ordinazioni e a distribuirle in proporzione alle quote di mercato storicamente detenute dalle varie aziende che fanno parte del settore. Il risultato scaturito da questa pratica consiste evidentemente nel bloccare le singole quote del mercato, eliminando ogni incentivo alla riduzione dei prezzi.

cartello di razionalizzazione

è la forma più rigida di collusione e consiste nel coordinare i piani di produzione e le politiche di vendita delle diverse imprese del settore in modo integrato, come se si trattasse di un'unica azienda. Suddetta forma collusiva, che penalizza in genere le imprese più deboli (*less efficient firms*), richiede un forte grado di controllo delle imprese più dinamiche sulle altre.

1.4.2 Price leadership

Rappresenta una seconda peculiare modalità collusiva, che si verifica quando il gruppo di imprese, che costituisce l'offerta del settore, attribuisce ad una singola impresa (o a più imprese che hanno stipulato un cartello) la funzione di stabilire i prezzi di vendita. Quest'impresa o cartello d'impresе si configura da *price maker*¹⁸. La manifestazione di una price leadership può essere dipesa dalla struttura del settore o può non avere avuto origini identificabili in elementi commensurabili, ma riflettere semplicemente la storia del settore. Nel primo caso si ha una price leadership con impresa dominante. Nel secondo caso la price leadership si definisce barometrica.

¹⁷ Sono degli accordi tra imprese produttrici dello stesso bene che si impegnano a praticare segretamente condizioni di vendita atte a limitare la concorrenza.

¹⁸ Le imprese decidono autonomamente il prezzo da fissare.

1.4.3 Regole empiriche di decisione e punti focali

Queste ultime due tipiche forme di collusione possono essere ricondotte all'applicazione generalizzata di schemi decisionali empirici uniformi, come ad esempio la determinazione dei prezzi di vendita sulla base dei costi (metodo del *mark-up pricing*), o nell'uniformità delle aspettative circa il comportamento del settore, secondo la teoria della *self-fulfilling prophecy*. Il primo caso risulta essere collusivo anche se non sussistono accordi espliciti tra le imprese e al limite anche se non vi è alcuna intenzionalità a colludere da parte delle parti. Esempio accademico è quello delle gare d'appalto nelle quali le offerte segrete dei partecipanti risultano poi essere congruenti. Quindi, un simile caso potrebbe non essere derivato da un cartello di offerta, ma semplicemente dall'uso di un'identica metodologia di determinazione del prezzo di vendita. Il secondo caso è analogamente collusivo, ma è scaturito dall'avvenimento effettivo di mere aspettative. Le aspettative giocano un ruolo fondamentale perché influenzano ogni genere di comportamento economico. Ad esempio, se in presenza di un aumento della domanda, tutte le imprese si aspettano che i loro *competitor* aumentino la loro produzione per evitare un aumento del prezzo di vendita (teoria delle aspettative adattive), il comportamento del settore assumerà i connotati di un comportamento collusivo implicito, ovvero, nel caso in questione, la rigidità dei prezzi, senza che subentri alcun tipo di intesa.

1.5 I fattori che agevolano i comportamenti collusivi

Fino ad ora ci siamo concentrati sul perché un'impresa è incentivata a colludere e su quali siano le fattispecie tipiche di collusione e come si manifestano. In questo paragrafo analizzeremo i principali fattori che facilitano le politiche collusive. Tutti i fattori che esamineremo devono rispondere in maniera univoca ad un requisito essenziale: ridurre le probabilità di deviazioni profittevoli dal cartello.

I fattori che influenzano le intese sono:

- elevata concentrazione del mercato

sappiamo, già, come questo fattore sia incisivo nello stimolare le imprese ad intraprendere degli accordi. Effettivamente, l'oligopolio rappresenta il luogo dove la collusione tra imprese può essere riprodotta nella maniera più florida ed efficace possibile in virtù della rilevante concentrazione che lo caratterizza. Posto che la crescita del numero di imprese che operano nel mercato diminuisce il profitto per le singole imprese, le stesse saranno incentivate a deviare dal cartello vagliando tutte le alternative possibili. Dunque, l'elevata concentrazione rappresenta il fattore chiave per l'instaurazione di efficaci accordi di collusione.

- significative barriere strategiche all'entrata

l'obiettivo esplicito di tali barriere risiede nello scoraggiare l'entrata di potenziali concorrenti rendendo particolarmente onerosa l'entrata nel mercato. Per essere efficaci, esse devono risultare percepibili dai potenziali concorrenti e di conseguenza anche credibili. Il concorrente deve avere una trasparente certezza della strategia aggressiva che gli *incumbent* (imprese già presenti nel mercato) intendono applicare e deve credere che essi siano effettivamente capaci di porla in essere. Per cui, la suddetta strategia deve risultare conveniente e contemporaneamente sostenibile per le imprese già operanti nel mercato. La convenienza deve essere tale sia dal punto di vista economico che strategico. La sostenibilità deve essere assicurata dalla disponibilità di adeguate risorse e capacità finanziarie. Quando gli *incumbent* sono impossibilitati nel praticare barriere strategiche all'entrata allora dovranno essere capaci di sfruttare quelle istituzionali¹⁹ o strutturali²⁰ affinché il cartello abbia successo.

- rapida crescita del mercato

se il mercato cresce repentinamente, molto probabilmente il prodotto è nella c.d. fase di sviluppo del suo ciclo di vita. In una situazione in cui la crescita del mercato è maggiore rispetto all'incremento dell'offerta, le imprese hanno un incentivo a collaborare e quindi a creare cartelli in modo tale da ottenere una ancor più profittevole espansione del mercato.

- omogeneità nella tecnologia o nei costi

se due imprese possiedono costi differenti sarà più difficile instaurare un accordo ritenuto soddisfacente all'unisono tra le parti. Infatti se un'impresa ha un costo inferiore rispetto a tutti i competitor possiede un vantaggio competitivo e quindi, l'impresa sarà proiettata ad incrementare la propria quota di mercato seguendo un ragionamento egocentrico. Per ciò un'impresa tende a formulare un'intesa con un'altra impresa che le "somigli", piuttosto che con una totalmente differente. Inoltre, negoziazioni dettate su prezzi di vendita e quote di mercato sono più semplici quando le imprese sono simili.

- omogeneità del prodotto

studi empirici, sviluppati da parte di George A. Kay e Daniel Kelley, e il parere delle autorità legislative hanno evidenziato come l'omogeneità del prodotto incentivi la diffusione di pratiche collusive. Si può, infatti, intuire che, in presenza di prodotti aventi caratteristiche omogenee, sia più facile raggiungere accordi ed individuare

¹⁹ Hanno origine esogena rispetto alle dinamiche contendibili del mercato, in quanto determinate dalle istituzioni legislative.

²⁰ Hanno origine endogena relativamente al mercato, in quanto determinate da elementi che caratterizzano il mercato e l'equilibrio esistente tra gli attori che ne fanno parte

tempestivamente eventuali defezioni, in quanto l'indistinguibilità dei prodotti consente di applicare e monitorare un unico prezzo.

- inelasticità della domanda e mancanza di prodotti sostituti

L'inelasticità della domanda facilita l'efficacia di una collusione, in quanto tanto più la domanda risulta essere anelastica²¹ tanto più crescerà l'incentivo di stabilire un accordo di prezzo. Un'impresa avrà un minor incentivo a deviare dal cartello, in quanto anche riducendo il suo prezzo sarà difficile ottenere un aumento della quota di mercato. Inoltre, la mancanza di prodotti sostituti, facilita il perseguimento degli obiettivi di cartello di aumentare il payoff dell'impresa. Infatti, un cartello di imprese, in questo caso, genererebbe un aumento del potere contrattuale delle stesse nei confronti del consumatore che non avrebbe alcun'altra alternativa di prodotto.

- offerte segrete (*sealed bid*)

Le offerte segrete, di cui abbiamo già parlato, invero possono facilitare la coordinazione tra le imprese, nel caso di gare pubbliche d'appalto dove i risultati sono annunciati pubblicamente. In questo caso le imprese collaborano al fine di falsare le gare e raggiungere di conseguenza una massimizzazione del loro profitto. Le imprese, sempre secondo studi empirici, sarebbero motivate ad instaurare dette collusioni, in quanto pensano che, essendo più facili da identificare e denunciare, il governo non prenda realmente in considerazione l'eventualità di gare falsate a causa della collaborazione di più imprese.

Concludendo si può affermare che un'intesa restrittiva della concorrenza (*conspiracy among competitors*) può sorgere per i più disparati casi appena enunciati, in un contesto oligopolistico. Ad ogni modo, i casi più frequenti si manifestano quando le imprese sono poche, è presente una rilevante concentrazione e i prodotti risultano essere omogenei. Questi parametri saranno opportunamente osservabili nell'intesa restrittiva della concorrenza per la vendita di diritti televisivi della serie A per il triennio 2015-2018, che andremo ad esaminare nel capitolo finale.

²¹ la domanda si dice anelastica quando è insensibile a variazioni di prezzo

Capitolo secondo

La regolamentazione delle intese anticoncorrenziali

2.1 Premesse: il modello ideale di mercato – 2.2 Disciplina dell'antitrust – 2.2.1 Disciplina dell'antitrust negli Stati Uniti di America – 2.2.2 Disciplina antitrust in Europa e in Italia – 2.2.3 Divergenze tra la disciplina statunitense ed europea – 2.2.4 Considerazioni generali sulla disciplina – 2.3 La fattispecie dell'intesa restrittiva della concorrenza – 2.3.1 Provare l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza – 2.4 Ambiti applicativi dell'art. 101 e in generale della disciplina antitrust

2.1 Premesse: il modello ideale di mercato

Secondo la teoria economica e la regolamentazione antitrust, il modello di mercato verso cui bisognerebbe tendere è ritratto dalla seguente descrizione:

una contemporanea presenza sul mercato di una moltitudine di imprese, poste in competizione tra di loro per soddisfare la domanda del mercato, con il conseguente frazionamento dell'offerta fra di esse, in modo tale che nessuna impresa possa individualmente incidere sul prezzo di vendita dei beni e servizi, configurandosi come *price takers*. Il mercato in questione deve essere caratterizzato da una perfetta mobilità dei fattori produttivi e finanziari, affinché l'offerta dell'impresa si possa adattare istantaneamente alle esigenze della domanda dei consumatori. Inoltre, deve essere garantita la piena libertà di entrata e di uscita dal mercato e dovrà essere perseguita qualunque forma di intesa tra imprese che falsi ed alteri la contendibilità del mercato.

Questa effigie corrisponde limpidamente al modello di mercato della concorrenza perfetta, teorizzato dall'eminente dottrina economica. Esso rappresenta un modello idealtipico, poiché tende, grazie ai suoi connotati, a massimizzare il benessere della collettività dei consumatori, che potranno scegliere tra una pluralità di beni e servizi acquistabili a prezzi vantaggiosi. Modello ideale, oltre a tutto, in quanto spinge le imprese alla competizione più aspra ed estrema, trascinando le imprese meno efficienti (*less efficient firms*) fuori dal mercato. Per questa via, stimola il progresso tecnologico, l'accumulazione di esperienza ed il razionale impiego delle limitate risorse, giungendo ad innalzare al livello più sommo il principio di benessere economico-sociale.

Come si può ragionevolmente immaginare, esso incarna delle caratteristiche raggiungibili solamente in chiave utopistica. Infatti, abbiamo già evidenziato che la traiettoria generale dell'economia è proiettata verso regimi di mercato sempre più lontani dalla concorrenza

perfetta. Le motivazioni sono le più ampie, ma possiamo ricondurre questa progressiva concentrazione del mercato alle seguenti cause:

1. la non omogenea distribuzione territoriale delle risorse naturali
2. la scarsa mobilità del salario, del lavoro e del capitale
3. l'ingente mole di investimenti richiesti dalla moderna produzione industriale di massa
4. l'impossibilità, in certi settori, di produrre a costi competitivi a meno che non si raggiungano dimensioni imprenditoriali cospicue

Perciò, le imprese diventano sempre meno numerose e sempre più grandi dando vita a forme di mercato oligopolistiche. Questo "luogo concentrato di imprese" incentiva le stesse ad assumere delle condotte di intesa, di accordo, di collusione, le quali si contrappongono all'incertezza strategico-decisionale tipica dell'ambito competitivo. Esse, pertanto, stipulano patti volti a limitare la reciproca concorrenza, modificando profondamente il regime concorrenziale del mercato. Questi patti definiscono un'intesa restrittiva della concorrenza tramite cui le imprese possono esemplificativamente: dividersi i mercati di sbocco, predeterminare i prezzi di mercato, le quantità da produrre complessivamente e la quota spettante a ciascuna di essa.

Di fronte a tali tendenze, è evidente che il riconoscimento legislativo della libertà di iniziativa economica privata e della conseguente libertà di concorrenza (art. 41 della Costituzione italiana) risulti essere principio indispensabile, ma non sufficiente affinché si costruisca un regime oggettivo di mercato avente un soddisfacente grado di contendibilità. Necessaria è, dunque, una regolamentazione giuridica della concorrenza che impedisca il formarsi ed il perpetuarsi di situazioni palesemente in contrasto con l'interesse generale.

2.2 Disciplina antitrust

La regolamentazione giuridica della concorrenza è nota come la disciplina antitrust. L'azione delle autorità antitrust, preposte alla tutela della concorrenza nei moderni scenari industriali, trova la sua giustificazione economica principale e tradizionale nell'inefficienza allocativa generata da una situazione monopolistica, ma anche oligopolistica, in misura proporzionale al grado di potere di mercato. In regime di oligopolio, invero, l'output di equilibrio è inferiore rispetto a quello in regime di concorrenza perfetta; coerentemente anche il prezzo di equilibrio è più elevato in relazione a quello di ottimo sociale o di concorrenza perfetta. Si può, quindi, affermare che in un mercato concentrato si ottiene una perdita secca di benessere economico-

sociale²². Secondo le recenti estensioni delle politiche antitrust, oltre al costo economico-sociale in sé, appare rilevante aggiungere ulteriori casi che impattano l'interesse generale:

- comportamenti rivolti a scoraggiare l'entrata di nuove imprese
- comportamenti, nei settori delle *public utilities* (aziende di pubblico servizio), volti ad estendere abusivamente la propria posizione dominante in segmenti di mercato contigui liberalizzati
- costo opportunità legato agli investimenti che altri operatori sosterrebbero in assenza di oligopolio
- minore progresso tecnologico dell'oligopolio

Dunque, se le imprese, invece di competere tra di loro, si mettono d'accordo e coordinano i loro comportamenti sul mercato, esse generano una restrizione della concorrenza, danneggiando i consumatori e gli altri *competitors*. Le autorità antitrust vigilano affinché questo non accada e sanziona chi viola la legge.

La legislazione per la tutela della concorrenza è diffusa nella maggior parte dei paesi industriali e, pur palesando talune forme divergenti in termini economico-istituzionali di riferimento, sono caratterizzati da un'intelaiatura comune che contiene:

- norme in materia di posizione dominante o di monopolio
- norme in materia di intese e comportamento collusivo tra imprese
- norme in materia di concentrazione

A queste norme si predispongono l'istituzione di organismi tecnici di applicazione della suddetta normativa (le c.d. *authorities*).

Esistono però, come poc'anzi detto, dei tratti somatici peculiari rinvenibili per ciascuno Stato. Uno Stato, per l'appunto, può individuare settori nei quali la normativa non viene compiutamente applicata o trovare alcune limitazioni in virtù dello specifico contenuto di interesse economico-sociale che essi presentano. Nei prossimi paragrafi esamineremo, dapprima quelli relativi agli Stati Uniti d'America, ed in seconda battuta quelli relativi all'Italia, passando inizialmente da quelli riscontrabili generalmente in Europa.

2.2.1 Disciplina antitrust negli Stati Uniti di America

Gli U.S.A. vengono riconosciuti come i pionieri della normativa antitrust. Infatti, la prima normativa antitrust è riconducibile alla pubblicazione dello *Sherman Anti-Trust Act* nel

²² perdita di beneficio economico-sociale netto risultante da un'inefficiente allocazione delle risorse

1890, proposto al Senato dal politico statunitense John Sherman. Tale statuto si compone di sette sezioni, due delle quali risultano a noi fondamentali. Nella prima sezione di esso vi è il divieto dei cartelli espliciti, affermando che “*ogni contratto, ogni associazione in forma di trust (cartello) o in altra forma, ogni cospirazione che restringa la concorrenza tra i vari Stati dell’America o con gli Stati stranieri è dichiarata illegale*”. Per le corti statunitensi però risultava difficile assegnare ai tre termini (*contract, trust and conspiracy*) un significato diverso, e quindi, decisero di parafrasare le tre fattispecie con il termine *agreement*, cioè semplicemente un accordo. La seconda sezione, invece, stabilisce che “*ogni persona che monopolizzerà, o cercherà di monopolizzare, o colluderà e cospirerà con altre persone per monopolizzare il mercato degli Stati Uniti o degli Stati stranieri sarà colpevole di reato*”. Lo *Sherman Anti-Trust Act* prevedeva, già in quell’epoca, delle sanzioni sia civili che penali. Lo *Sherman Act*, tuttavia, diede vita ad alternative forme collusive non ancora perseguibili: le fusioni e le acquisizioni (*mergers and acquisitions*). Inoltre, risultava essere difficile interpretare le normative per le corti dell’epoca. Così, si arrivò all’emanazione del *Clayton Act* e del *Federal Trade Commission Act*. Con i due trattati, la normativa antitrust assunse una forma maggiormente matura. In particolare con il *Clayton Act* divennero oggetto di normativa antitrust le politiche di discriminazione dei prezzi, le politiche di vendita abbinata (*tying and bundling*), le fusioni e le acquisizioni. In aggiunta, nel 1940 fu introdotta la *per se rule*, la quale ammetteva l’illegalità intrinseca del classico cartello. La *Federal Trade Commission* e il *Department of Justice*, rispettivamente istituiti dal *Federal Trade Commission Act* e dal *Clayton Act*, costituiscono i due organismi preposti alla tutela della concorrenza e all’applicazione della normativa antitrust.

2.2.2 Disciplina antitrust in Europa e in Italia

Per risalire alle prime leggi in materia anticoncorrenziale, in Europa, bisogna aspettare fino al 1952 con l’entrata in vigore del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell’acciaio (Trattato CECA). Con questo trattato fu affermato il divieto di intesa, di concentrazione e l’uso di una posizione dominante per fini contrari agli obiettivi del Trattato CECA. Il trattato rimase in vigore fino al 2002. Da quel momento in poi, il settore del carbone e dell’acciaio venne integralmente assorbito prima nel campo di applicazione del Trattato dell’Unione europea e poi, a seguito del Trattato di Lisbona (2007), dal Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, quindi nella disciplina relativa al mercato comune e alla concorrenza non falsata. Il Trattato sull’Unione Europea, entrato in vigore nel 1993 e noto anche come il Trattato di Maastricht, fornisce il prospetto normativo della politica europea di concorrenza fino all’entrata in vigore del Trattato di

Lisbona, 1° dicembre 2009. Con l'avvento del Trattato di Lisbona, la normativa della politica europea di concorrenza, fu sostituita dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)²³, questo trattato costituisce le fondamenta del diritto europeo attuale. Il principio cardine della normativa europea antitrust è racchiuso negli artt. 101 e 102 del TFUE. Esso afferma, essenzialmente, che la libertà di iniziativa economica e la competizione fra le imprese non possono tradursi in atti e comportamenti che pregiudicano in maniera rilevante e durevole la struttura concorrenziale del mercato. La normativa europea a tutela della concorrenza comprende, nel dettaglio, quattro ambiti applicativi, esemplificati dagli artt. 101-102-106-107-108 del TFUE, che sono:

1. il divieto di accordi restrittivi della concorrenza (art. 101)
2. il divieto di abusi di posizione dominante (art. 102)
3. la liberalizzazione dei settori in regime monopolistico (art. 106)
4. il divieto degli aiuti di Stato (artt. 107 e 108)

L'organismo preposto a vigilare su tali normative è la Commissione europea (Ce).

In Italia la prima normativa antitrust sorge nel 1990, con l'emanazione della legge n.287 (10/10/1990) volta a preservare il regime concorrenziale del mercato nazionale e a reprimere i comportamenti anticoncorrenziali che incidono esclusivamente sul mercato italiano. Con la sua pubblicazione si istituisce l'*authority* italiana, nota come l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato (AGCM). Questa legge si sofferma sul principio cardine della politica antitrust europea ricalcandone sostanzialmente gli aspetti fondanti. Identiche, infatti, sono le fattispecie ritenute dannose per la struttura concorrenziale del mercato (intese, abusi di posizione dominante, concentrazioni). La normativa italiana è applicabile solo se tali fenomeni non ricadono nell'ambito di applicazione della normativa comunitaria (art.1 legge n.287/1993). La disciplina antitrust italiana ha dunque, carattere residuale²⁴ anche se l'originaria competenza esclusiva della Commissione europea sta progressivamente lasciando il passo alle *authorities* nazionali, applicando un decentramento amministrativo (art. 54, 5° comma, legge 52/1996). Oggi, invero, si prevede che siano le *authorities* nazionali (nel caso dell'Italia, l'AGCM) ad

²³Con esso L'Unione europea si è dotata di una effettiva normativa comune a tutela della concorrenza. È entrato in vigore nel 1958 con il nome di Trattato della Comunità economica europea (TCEE) e successivamente modificato, secondo quello che viene definito processo di integrazione europea, tramite l'Atto unico europeo del 1986, con il Trattato di Maastricht del 1992, col Trattato di Amsterdam del 1997, col Trattato di Nizza del 2001 ed infine attraverso il Trattato di Lisbona del 2007.

²⁴ Applicabile solo per le pratiche anticoncorrenziali che hanno rilievo esclusivamente locale e che non incidono sulla concorrenza del mercato comunitario, secondo il c.d. principio della barriera unica.

applicare la disciplina europea sulle intese e gli abusi di posizione dominante, salvo che la Commissione europea non ritenga necessario occuparsene personalmente (art. 11, 6° comma, reg. Ce 1/2003). Anche gli ambiti applicativi della normativa italiana sono soggetti alla legislazione europea, in materia di pratiche anticoncorrenziali.

2.2.3 Divergenze tra la disciplina statunitense ed europea

le più significative asimmetrie tra la normativa antitrust statunitense e quella europea, sono ormai appartenenti al passato. In linea di massima possiamo affermare che, nell'applicazione della disciplina in materia, gli statunitensi imposero, sin da subito, un sistema molto severo volto a reprimere ogni atteggiamento definito come anticoncorrenziale, in ragione della *per se rule*. Con il passare del tempo ed in base alle esperienze vissute, il sistema americano divenne più elastico, e mirato all'efficienza e alla ragionevolezza (*rule of reason*). Per contro, la politica antitrust europea, che sorge più di mezzo secolo in avanti, risulta essere, almeno inizialmente, maggiormente accomodante, in virtù del *favor* verso gli interessi dell'industria europea. Tuttavia, anche in Europa si può ricalcare un'evoluzione nell'applicazione della normativa che, passando da criteri di definizione di accordo collusivo dannoso per la concorrenza piuttosto ampi, risulta ora anch'essa orientata all'efficienza e alla ragionevolezza. Basti pensare all'art. 101 che prevede, grazie ad una recente modifica, una tassonomia delle esenzioni riguardo le intese restrittive della concorrenza.

2.2.4 Considerazioni generali sulla disciplina antitrust

Dai presupposti economici sull'azione antitrust, citati nei precedenti paragrafi, è possibile desumere che il suo obiettivo apicale risiede nella promozione dell'efficienza, riscontrabile, nella maniera più feconda possibile, nel modello utopico della concorrenza perfetta. Poiché, essa non è né formalmente né intenzionalmente raggiungibile, i fini della disciplina anticoncorrenziale si attestano su soluzioni di tipo *second best* quali il decentramento del potere di mercato e la difesa della libertà economica dei partecipanti al mercato. Posto, inoltre, che le politiche antitrust sono rivolte all'efficienza allocativa, ne deriva che nessun partecipante del mercato ne risulta avvantaggiato a priori, fuorché il consumatore. In fine, è necessario sottolineare che tutte le normative evolvono in funzione del contesto economico-istituzionale di riferimento, comprese quella antitrust che non è indifferente alla struttura dell'industria cui si applica, al suo grado di concentrazione, integrazione internazionale e struttura proprietaria.

Avendo fatto un breve richiamo sulla natura delle esigenze indirizzate ad istituire una normativa che tutelasse e regolamentasse la contendibilità del mercato, possiamo, ora, meglio concentrarci sulla particolare fattispecie dell'intesa restrittiva della concorrenza, che sarà argomento del caso antitrust dell'ultimo capitolo del lavoro.

2.3 La fattispecie dell'intesa restrittiva della concorrenza

Secondo l'art. 2 della legge n.287/1990 (che richiama essenzialmente la normativa dell'art. 101 del TFUE) sono considerate intese “*gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari*”. Le pratiche concordate costituiscono una figura residuale della fattispecie. Esse sono state considerate, al fine di evitare l'elusione dalla normativa, per quelle categorie di intese restrittive della concorrenza che non derivano da accordi espliciti. Vi rientrano, in conseguenza di ciò, ogni forma di coordinamento dell'attività delle imprese che si traduce in comportamenti paralleli, consapevolmente adottati mediante contatti diretti o indiretti²⁵. Poste le suddette premesse, l'art. 2 prosegue “*Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato o in una sua parte rilevante, anche in attività consistenti nel:*

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

Rientrano, perciò, fra le intese vietate, le intese orizzontali (fra produttori) che hanno ad oggetto la fissazione congiunta dei prezzi di vendita (cartelli di prezzo), la spartizione dei mercati (cartelli di razionalizzazione) e le limitazioni della produzione

²⁵ Per la nozione di pratica concordata si veda: Autorità garante per la concorrenza del mercato, 12/10/2005, n.14775, in Bollettino Autorità garante, 2005, n.40, 5.

(cartelli obbligatori e di offerta). Tali intese, alterando il gioco della concorrenza, finiscono per generare prezzi di vendita più elevati e quantità inferiori a quelle desiderate dai consumatori. Possono definire una restrizione della concorrenza, però, anche le intese instaurate tra imprese che operano in fasi successive lungo la filiera della produzione (ad esempio accordi di esclusiva fra produttori e distributori), e sono identificate come intese verticali.

Infine, l'art. 2 conclude "*Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*". Quindi, l'art. 2 prevede la sanzione civilistica della nullità per gli *agreement* vietati dal 1° comma. Occorre notare che la nullità è insanabile, opera automaticamente e può essere rilevata, anche d'ufficio, da qualsiasi giudice.

Sono, dunque, lecite le c.d. intese minori, cioè quelle intese che per la struttura del mercato interessato, le caratteristiche delle imprese operanti e gli effetti sull'andamento dell'offerta non incidono sull'assetto concorrenziale del mercato²⁶.

L'art. 101, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, offre delle linee guida riguardo quelle intese che possono non rappresentare delle fattispecie pregiudizievoli per la struttura contendibile del mercato, ritenendo la disciplina inapplicabile:

- *a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese;*
- *a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e*
- *a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate*
che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di
 - a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi,*
 - b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.*

È opportuno evidenziare come anche un accordo, che impegni le imprese a tenere comportamenti lesivi della concorrenza, non costituisca una violazione della normativa antitrust, allorché le condizioni del mercato rendano impossibile od estremamente improbabile per le imprese interessate assumere un comportamento diverso.

Il quadro normativo, in materia di intese restrittive della concorrenza, è completato da una serie di regolamenti comunitari di esenzione che definiscono l'ambito e le modalità di applicazione dell'art. 101.

²⁶ La Corte di Giustizia europea e la stessa AGCM escludono, inoltre, che nel divieto di intese anticoncorrenziali ricadono quelle intercorse fra società appartenenti al gruppo.

Infatti, per i casi ricorrenti in cui le suddette condizioni possono essere sempre dimostrate, la Commissione europea ha adottato i c.d. regolamenti di esenzione per categoria (reg. Cee, 2821/71) che fissano nel dettaglio le condizioni da rispettare per date categorie di accordi. La Ce, avvalendosi di tali autorizzazioni emanate dal Consiglio europeo, ha fatto largo uso di essi per esentare, in via di principio, gli accordi di cooperazione aventi per oggetto attività di ricerca e sviluppo che riguardino una quota di mercato non superiore al 25% (reg. Ce 1217/2010), gli accordi di specializzazione che riguardino una quota di mercato non superiore al 20% (reg. Ce 1218/2010), le intese verticali che riguardino una quota di mercato non superiore al 30% (reg. Ce 330/2010), purché ricorrano le condizioni di volta in volta stabilite dai relativi regolamenti per la concessione dell'esenzione. L'Autorità garante per la concorrenza del mercato, al contrario, non ha finora fatto un rilevante uso del potere di disporre deroghe per le date categorie di accordi. Infine, per gli accordi che non rientrano nell'ambito del meccanismo di esenzione permane la facoltà di avvalersi di un'esenzione individuale.

Dunque, per quanto detto finora, secondo il pacifico parere della giurisprudenza comunitaria, ai fini della qualificazione di un'intesa restrittiva per oggetto:

- non è necessaria la prova dell'intento soggettivo
- non è necessario dimostrare un effetto diretto sui prezzi dannoso per gli utenti finali
- è irrilevante che l'intesa non sia stata costituita nell'interesse commerciale di alcuni dei partecipanti
- è irrilevante la circostanza secondo cui tramite l'accordo si sarebbero potuti perseguire anche altri scopi leciti

2.3.1 Provare l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza

Dimostrare legalmente l'esistenza di un cartello, ai fini giudiziari, appare essere un compito assai arduo per la maggior parte dei casi, da quando la *per se rule* è decaduta in favore della *rule of reason*. Infatti, la parte prevalente di istruttorie che si sono chiuse con la dimostrazione di un effettivo cartello, è riconducibile a delle forti evidenze riscontrate, come ad esempio: una registrazione video dell'incontro tra le parti che ha portato all'instaurarsi della *conspiracy*, confessioni o cooperazioni con le *authorities* dei *key participant* del cartello, insoddisfatti dalle condizioni riservate loro dagli *agreements*, o ancora, il ritrovamento di un documento incriminante che palesa la formazione di un cartello (*smoking gun*). I membri di un'intesa hanno un vantaggio informativo su qualsiasi autorità e tribunale, poiché, ovviamente, sono gli unici a conoscere la natura della domanda di mercato come pure i costi di produzione e di trasporto. Il massimo che le *authorities* possono fare, in questo senso, è dedurre questa informazione dai dati forniti

dalle stesse imprese che sono state indagate. In questi casi, se i *participant* del cartello sono particolarmente astuti, possono rendere la prova di una collusione difficile da identificare, facendo sí che il risultato collusivo appaia come il risultato di un equilibrio concorrenziale. Questo problema è stato definito, da Harstad e Philips nel 1990, Teorema della indistinguibilità ed è possibile dimostrarlo attraverso il modello di Cournot. Tuttavia, per via anche delle recenti analisi econometriche sostenute da indagini empiriche, condotte da Connor e Lande (2005), che hanno evidenziato come la conseguenza principale dei cartelli sia l'aumento consistente dei prezzi, le *authorities* delle giurisdizioni prevalenti (statunitensi ed europee) stanno elaborando dei sistemi e delle metodologie che possano facilitare la dimostrazione e la conseguente repressione di un cartello. Tra le possibili modalità di risoluzione avvenute per un caso di intesa restrittiva della concorrenza, la più frequente è sicuramente quella che avviene tramite la confessione di uno o più partecipanti al cartello. Questo è dovuto all'introduzione, in America ed Europa, di programmi di indulgenza ed amnistia (*leniency policies*) per quei partecipanti ad un cartello che, per primi, risultano confessare o comunque cooperare con le autorità di riferimento. Con questa politica, infatti, i partecipanti hanno uno stimolo in più a confessare l'esistenza di un'intesa, qualora fosse già avviata un'indagine conoscitiva. In tal modo, però, potrebbe innescarsi un'arma a doppio taglio che può essere contestualizzata nell'esemplificazione del gioco del dilemma del prigioniero tra le imprese che decidono di cooperare. Se da un lato questi programmi possono facilitare l'onere probatorio delle *authorities*, incoraggiando le imprese a confessare, dall'altro lato le imprese, consapevoli delle riduzioni della pena, possono essere invogliate ancor di più a cooperare tra di loro, incoraggiando l'instaurarsi di cartelli che altrimenti non si sarebbero potuti formare. Questa teoria trova riscontro negli studi sviluppati da Massimo Motta e Michele Polo. Secondo i due ricercatori, se un'impresa si aspetta, in caso di apertura di un'indagine conoscitiva, di avere la possibilità di rivelare e confessare la *conspiracy* e di uscirne con un lieve multa, allora le imprese avranno un'incentivo in più a colludere tra di loro. In altre parole, una *leniency policy* generosa potrebbe stimolare un cartello *ex-ante*.

Per questo motivo, le politiche indulgenti possono essere in maggior misura efficaci se applicate esclusivamente a quelle imprese che prima dell'avviamento di un'istruttoria risultano cooperare con le autorità preposte (se fosse beneficiaria dell'amnistia solo un'impresa sarebbe ancora meglio).

Quando l'*authority* non ha sufficienti prove evidenti e neanche una politica di indulgenza è efficace, la sua *mission* diventa complicata. Bisogna, a quel punto, essere abili ad usare quelle evidenze c.d. circostanziali che fanno trasparire come ipotesi più plausibile di

condotte parallele, delle vere e proprie pratiche collusive tra due o più imprese. Come abbiamo notato nel capitolo precedente, esistono delle circostanze (grado di concentrazione del mercato, numero di imprese attive nel mercato, grado di omogeneità del prodotto, *et cetera*) che possono potenzialmente incentivare la formazione di un cartello. Esse rappresentano delle informazioni sulla struttura del mercato che permettono di facilitare il compito dell'autorità nella distinzione di una condotta parallela indipendente da una condotta parallela collusiva.

In ogni caso, in tutti i procedimenti nazionali o comunitari, relativi all'applicazione del primo comma dell'art. 101 del Trattato dell'Unione europea, l'onere probatorio di un'infrazione dello stesso art. incombe sulla parte o sull'autorità che asserisce tale infrazione. Incombe, invece, sull'impresa o associazione di imprese, l'onere probatorio riguardo la soddisfazione delle condizioni imposte nel terzo comma dell'art. 101.

2.2.4 Ambiti applicativi dell'art. 101 e in generale della normativa antitrust

Come frammentariamente abbiamo già osservato, il Trattato di Lisbona (2007) ha modificato sensibilmente l'organizzazione dei riferimenti normativi relativi alla tutela della concorrenza. Infatti, la normativa antitrust è ora regolata dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e non più dal Trattato sull'unione europea. Il Trattato di Lisbona non solo ha portato ad una ridefinizione dei riferimenti normativi in materia antitrust, ma anche all'ammissione dell'applicabilità della disciplina nel settore agricolo, con la sola eccezione di accordi che costituiscono parte integrante di un'organizzazione dei mercati agricoli (regole particolari valgono anche per il settore assicurativo e dei trasporti). Il TFUE predispose, inoltre, che gli Stati membri abbiano la facoltà di limitare l'applicazione della disciplina ad imprese alle quali riconoscano diritti speciali, al fine di perseguire obiettivi di carattere generale.

Mentre, il fondamentale ambito di applicazione della normativa anticoncorrenziale rimane il medesimo. Effettivamente, al suo interno possiamo rinvenire le imprese private, le imprese pubbliche e a prevalente partecipazione statale, con esclusione delle imprese in posizione di monopolio legale e quelle che gestiscono servizi di interesse economico generale. A causa della nozione di impresa assai ampia "*qualsiasi entità che eserciti un'attività economica*" (ai fini dell'imposizione delle politiche a tutela della concorrenza), sono investiti della responsabilità di sottendere a tale normativa anche i lavoratori autonomi e i professionisti intellettuali.

Inoltre, nei casi specifici delle intese, la definizione di mercato rilevante è essenzialmente volta ad individuare le caratteristiche del contesto economico e giuridico nel quale si

colloca il comportamento collusivo tra imprese concorrenti, in quanto non è richiesta esplicitamente l'individuazione di uno o più mercati rilevanti. L'individuazione del mercato rilevante è utile per circoscrivere con precisione e focalizzare l'analisi dei comportamenti delle imprese coinvolte. Tale definizione risulta essere efficace per l'individuazione dell'ambito merceologico (l'ambito del prodotto o servizio che la medesima operazione investe) e territoriale (territorio nel quale tutti gli operatori economici si trovano in condizioni di concorrenza analoghe), nel quale si manifesta un'intesa tra imprese concorrenti e si realizzano gli effetti derivanti da quest'ultima, essendo in particolare funzionale all'identificazione del suo grado di aggressività.

Nel successivo e conclusivo capitolo, noteremo come l'ambito applicativo della normativa, per quanto concerne il caso che esamineremo, si rivelerà essere quello delle imprese private che operano nel mercato dei diritti televisivi sportivi per la programmazione televisiva in chiaro e a pagamento.

Capitolo terzo

Il caso dell'assegnazione dei diritti audiovisivi per il campionato di calcio di Serie A per il triennio 2015-2018

3.1 Premessa – 3.2 L'iter del procedimento – 3.2.1 Le parti dell'intesa – 3.2.2 Il contesto normativo di riferimento – 3.2.3 Il mercato rilevante e i mercati collegati ad esso – 3.2.4 Gli elementi acquisiti durante l'istruttoria – 3.2.5 Argomentazioni delle parti – 3.3 Valutazioni dell'AGCM – 3.4 Decisioni dell'AGCM

3.1 Premessa

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 19 aprile 2016, ha considerato le condotte poste in essere da Lega Professionisti Serie A, Infront Italy S.r.l., Sky Italia S.r.l., Reti Televisive Italiane S.p.a. e la società da quest'ultima controllata Mediaset Premium S.p.a., finalizzate ad alterare il confronto concorrenziale, in sede di partecipazione alla gara per l'assegnazione dei diritti audiovisivi del campionato di calcio di Serie A per il triennio 2015-2018, evitando il naturale dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali fra gli operatori attivi sul mercato e ostacolando l'ingresso di potenziali nuovi *competitor*, e quindi, costitutive di un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'art. 101 del TFUE. Inoltre, ai sensi dell'art. 15, comma 1, della legge n.287/90, l'Autorità ha commissionato un'ingente sanzione, pari a 51.419.247,25 milioni di euro, a RTI/Mediaset Premium in quanto ha assunto ruolo decisivo per l'avvenimento dell'intesa, mentre sono state imputate agli altri partecipanti delle multe di entità consistentemente inferiore rispetto a RTI/Mediaset Premium (complessivamente le sanzioni pecuniarie degli altri tre partecipanti all'intesa non superano la somma di 15.000.000).

Questi accordi tra i summenzionati partecipanti hanno portato, in particolare, alla violazione del punto c, comma 1, degli artt. 101 del TFUE e 2 della legge n.287/90, il quale si riferisce al divieto di intese volte alla ripartizione del mercato.

Ai fini dell'elaborato ci soffermeremo sull'analisi di tale infrazione.

3.2 L'iter del procedimento

La Lega Professionisti Serie A (di seguito Lega Calcio) ha offerto i diritti audiovisivi relativi al Campionato di Serie A per le stagioni 2015-2018, adottando una formula di vendita mista “per piattaforma” e “per prodotto”, disponendo i seguenti pacchetti:

- Pacchetto A, comprendente i diritti audiovisivi per la piattaforma satellitare (DTH), Internet, IPTV, della telefonia mobile relativi alle otto società calcistiche di maggior interesse per un totale di 248 eventi (65% del numero di eventi totali).
- Pacchetto B, riguardante i diritti audiovisivi per la piattaforma satellitare (DTH), Internet, IPTV, della telefonia mobile per gli stessi eventi del Pacchetto A
- Pacchetto C, corrispondente ai diritti accessori (ad esempio immagini inedite delle interviste o dello spogliatoio) dei Pacchetti A e B
- Pacchetto D, connesso ai diritti di trasmissione in esclusiva per prodotto in tutte le piattaforme per i rimanenti eventi disputati dalle squadre con minor seguito e da una squadra di maggiore seguito (132 match pari al 35% degli eventi totali)
- Pacchetto E, concernente a tre match a scelta tra quelli disputati ogni domenica alle ore 15:00 da trasmettere tramite piattaforma Internet

Ad esito finale di tale asta competitiva, la Lega Calcio ha assegnato il Pacchetto A alla società Sky Italia S.r.l (di seguito Sky) e il Pacchetto B e D a RTI/Mediaset Premium (di seguito RTI). Tuttavia, il Pacchetto D è stato concesso in sub-licenza, previa autorizzazione dell'Autorità, da RTI a Sky. Mentre, il Pacchetto C non è stato assegnato, in quanto le offerte pervenute per esso sono state inferiori al prezzo minimo indicato dal bando di assegnazione; infine, per il Pacchetto E non è giunta alcuna offerta e, quindi, non assegnato anche esso.

Sulla base di alcune notizie di stampa trapelate nel febbraio 2015, l'esito finale della vendita dei predetti Pacchetti, messa in atto dalla Lega Calcio nel giugno 2014, sarebbe stato alterato da un accordo restrittivo della concorrenza posto in essere da Sky e RTI (principali operatori del mercato Pay-TV) e favorito dalla stessa Lega Calcio e dal suo *advisor* Infront Italy S.r.l. (di seguito Infront). In particolare, la vendita dei diritti audiovisivi in questione sarebbe avvenuta sulla base di accordi ripartitori del mercato e non attraverso il confronto competitivo, che deve essere instillato dalla Lega Calcio, per l'assegnazione degli stessi.

Dunque, alla luce delle suddette indiscrezioni, in data 13 maggio 2015, l'AGCM ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti di Lega Calcio, Infront, Sky e RTI ipotizzando l'esistenza di un potenziale accordo restrittivo della concorrenza. Dopo aver raccolto ogni possibile informazione e sentite le ulteriori parti interessate all'esito finale

dell'asta, l'Autorità, in data 11 dicembre 2015, invia la comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI). La stessa attribuisce alla Lega Calcio, Infront, Sky e RTI una violazione dell'art. 101 del TFUE dovuta alla spartizione dei diritti audiovisivi per il campionato di calcio di Serie A per il triennio 2015-2018 volta alla modificazione dell'esito finale dell'asta competitiva, annullando, così, le dinamiche concorrenziali fra i partecipanti del mercato e pregiudicando l'entrata di possibili nuovi *competitor*.

3.2.1 Le parti dell'intesa

- La Lega Calcio

È l'associazione privata delle società calcistiche appartenenti ai più importanti tornei calcistici italiani tra cui il campionato Serie A, che ne costituisce l'eccellenza. Si occupa della gestione e dell'organizzazione di tali campionati. Essa, in qualità di organizzatrice, è contitolare dei diritti televisivi degli eventi sportivi assieme alle società calcistiche che vi partecipano, secondo il c.d. Decreto Melandri. Secondo quest'ultimo, Lega Calcio costituisce il titolare della commercializzazione dei diritti televisivi da essa organizzati. Nel 2015, il fatturato della Lega Calcio è stato pari a 366.300.632 di euro.

- Infront Italy

È una società avente sede in Italia e che risulta controllata indirettamente da Infront Sports & Media AG, società con sede in Svizzera. La compagnia Infront Sports & Media AG gestisce i diritti di marketing e di mediazione di eventi sportivi internazionali e fornisce, altresì, servizi pubblicitari, sponsorizzazioni e ospitalità. Infront Italy rappresenta l'*advisor* della Lega Calcio per la commercializzazione dei diritti audiovisivi dei campionati italiani (uno su tutti il campionato di Serie A), nonché la gestione marketing e sponsoring della società calcistica F.C. Internazionale. Nel 2014, Infront ha realizzato un fatturato pari a 241.000.000 di euro.

- Reti Televisive Italiane

È la società del Gruppo Mediaset che detiene, tramite la società Elettronica Industriale S.p.a., cinque multiplex nazionali in tecnica DVB-T e fornisce contenuti televisivi gratuiti a livello italiano. Inoltre, RTI è fornitore del servizio Pay-TV "Mediaset Premium", attraverso la società da essa controllata Mediaset Premium S.p.a. e del servizio a pagamento via Internet "Infinity". RTI, nel 2014, ha conseguito un fatturato di 2.008,8 milioni di euro e nel 2015 di 1.566,9 milioni di euro

- Mediaset Premium

è la società controllata da RTI, cui è stato conferito il ramo d'azienda relativo all'omonima televisione a pagamento del Gruppo Mediaset. Mediaset Premium fa parte dell'intesa, in quanto ha acquisito il ramo d'azienda della Pay-TV di RTI. Ecco perché

possiamo considerarle congiuntamente come RTI/Mediaset. Mediaset Premium ha realizzato un fatturato, nel 2014 e nel 2015, rispettivamente pari a 55,64 milioni di euro e 640,9 milioni di euro.

- Sky

È una piattaforma televisiva che offre servizi Pay-TV via satellite (DTH) e via Internet, ma si occupa anche di alcuni canali digitali terrestri in chiaro. Sky è controllata dalla società britannica Sky Plc., appartenente al gruppo 21st Century Fox. Sky rappresenta il principale operatore televisivo a pagamento in Italia. Nel 2015, ha conseguito un fatturato di 2.776,4 milioni di euro.

3.2.2 Il contesto normativo di riferimento

Abbiamo notato come il contesto normativo sia quello relativo alla disciplina della concorrenza europea, ed in particolare all'art. 101 del TFUE. Ciò nonostante, occorre precisare che risulta essere determinante, nelle date circostanze, anche il Decreto Legislativo n. 9/2008 (noto anche come Decreto Melandri), il quale ha introdotto la vendita collettiva dei diritti televisivi. Secondo tale decreto la commercializzazione dei diritti è attuata in forma centralizzata da parte dell'organizzatore della gara (in quest'ambito, come precorso, Lega Calcio), e in particolare l'art. 7, comma 1, recita "l'organizzatore della competizione è tenuto ad offrire i diritti audiovisivi a tutti gli operatori della comunicazione di tutte le piattaforme, attraverso distinte procedure competitive relative al mercato nazionale [...]". Ai partecipanti devono essere garantite condizioni di assoluta equità, trasparenza e non discriminazione. A tal proposito Lega Calcio ha dovuto corrispondere all'Autorità delle linee guida per l'espletamento della gara, in quanto il Decreto Melandri individua l'AGCM come titolare del potere di verifica delle conformità delle stesse linee guida (art. 6, comma 6), nonché titolare del potere di vigilanza sulla corretta applicazione del decreto oggetto, al fine di garantire la concorrenza nel mercato dei diritti audiovisivi (art. 20).

Con riferimento alle modalità di assegnazione, le linee guida prevedevano, specificamente, che le offerte dovevano essere presentate in busta chiusa (*sealed bid*) e che l'assegnazione doveva essere garantita ai soggetti che avessero presentato il prezzo più alto, purché superiore al prezzo minimo. Inoltre, sussisteva l'impossibilità di presentare offerte condizionate all'ottenimento di altri Pacchetti.

Infine, l'Autorità si è lasciata la riserva di valutare e vigilare le procedure di assegnazione di tali diritti, in quanto i criteri delle linee guida sono stati giudicati generici e privi di elementi valutativi di conformità con la normativa a tutela della concorrenza e con il Decreto Melandri.

3.2.3 Il mercato rilevante e i mercati collegati ad esso

I diritti televisivi relativi a eventi sportivi costituiscono tipicamente una delle principali componenti della programmazione televisiva in chiaro e a pagamento. In tale ambito i diritti audiovisivi di eventi calcistici costituiscono un mercato distinto²⁷. Dunque, il mercato rilevante è costituito dai diritti audiovisivi in Italia degli eventi calcistici. Inoltre, i diritti oggetto del mercato rilevante rivestono un ruolo centrale nella predisposizione dei palinsesti sia delle emittenti televisive in chiaro sia di quelle a pagamento. Pertanto, si evidenziano i mercati della Pay-TV e della raccolta pubblicitaria sul mezzo televisivo (in chiaro), come mercati collegati al mercato dei diritti audiovisivi italiani degli eventi calcistici (mercato rilevante).

Nella prassi della Ce e dell'AGCM, il mercato della Pay-TV è considerato come separato da quello gratuito o in chiaro. Questo è dovuto alla non sostituibilità dei programmi e i contenuti a valore aggiunto, come nel caso dei diritti audiovisivi per il campionato di Serie A, con i programmi e i contenuti trasmessi dai canali in chiaro. Per quanto concerne il mercato italiano della Pay-TV, secondo i dati riportati dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazione (AGCOM), per l'anno 2013, Sky Italia detiene una quota di mercato in valore pari al 77,8%, Mediaset Premium detiene una quota di mercato pari al 19,1%, mentre la rimanente quota di mercato, pari al 3,2% del fatturato totale realizzato, è detenuta da operatori di minori dimensioni. In ordine al mercato italiano relativo alla trasmissione dei programmi in chiaro, RTI detiene una quota di mercato corrispondente al 53%, mentre Sky possiede il 6% del fatturato totale. La restante quota è in possesso della Rai e di altri operatori di minor entità.

Come possiamo notare, i due mercati in questione rispecchiano i connotati tipici di un oligopolio, i quali possono potenzialmente predisporre delle basi per la costituzione di un'intesa restrittiva della concorrenza (scarsa numerosità di imprese operanti, alta concentrazione e omogeneità del prodotto).

3.2.2 Gli elementi acquisiti durante l'istruttoria

Le principali evidenze sono state acquisite riguardo allo svolgimento della gara per l'assegnazione dei diritti audiovisivi in questione, al connesso accordo di sub-licenza fra Sky e RTI/Mediaset Premium e al successivo accordo di manleva stipulato fra i predetti operatori e la Lega Calcio. Procediamo analizzando i principali avvenimenti risultanti da essi. In data 5 giugno 2014 vengono formulate le offerte per i Pacchetti, precedentemente

²⁷ Cfr. decisioni COMP/C-2/37.214 e COMP/C-2-37398

descritti, da parte di Sky, RTI/Mediaset ed Eurosport (un'ulteriore emittente di servizi Pay-TV di minor entità). Sky presenta offerte più alte per i Pacchetti A e B; RTI/Mediaset presenta l'offerta più alta per il Pacchetto D, ma essa è condizionata all'ottenimento del Pacchetto A e B; Eurosport presenta un'offerta per il pacchetto D, ma essa risulta inferiore al minimo richiesto dalla Lega Calcio. Pubblicate le date offerte, la Lega Calcio e l'*advisor* Infront ritengono la sussistenza di due problematiche. La prima relativa al fatto che le offerte più alte per i Pacchetti A e B (i quali presentavano lo stesso contenuto) sono state formulate da un unico operatore, Sky. Secondariamente, RTI/Mediaset ha presentato un'offerta condizionata, la quale, secondo le linee guida dell'organizzatore, non poteva essere valida. Sentendo il parere di un legale esterno e quello del suo *advisor*, Lega Calcio è intenzionata a procedere all'assegnazione dei Pacchetti seguendo nuove linee guida, che sancirebbero il divieto di assegnazione dei Pacchetti A e B ad un unico soggetto, l'ammissibilità di offerte condizionate e l'inammissibilità di offerte inferiori al minimo fissato, al fine di evitare il rafforzamento della posizione dominante di Sky e la violazione del principio del *no single buyer*. Così, in data 23 giugno 2014, Lega Calcio convoca in assemblea le società calcistiche e l'*advisor*. In data 26 giugno 2014 ore 22:15, si giunge, dopo aver ottenuto 22 voti favorevoli e uno soltanto astenuto da parte delle società calcistiche, alla decisione di assegnare il Pacchetto A a Sky, i Pacchetti B e D a RTI/Mediaset, prestando, però, il consenso alla concessione del Pacchetto D in sub-licenza a Sky, la quale diventa efficace con l'autorizzazione dell'AGCM. In questa decisione, si riscontra la forte influenza di Infront, il quale ha interesse economico diretto circa l'esito dell'assegnazione dei diritti. In particolare, nell'interlocuzione tra le società calcistiche, Infront sostiene la tesi dell'impossibilità di assegnare i Pacchetti A e B a Sky. Ciò che emerge dagli elementi acquisiti (documenti, mail interne e contatti telefonici)²⁸, però, è che Sky, essendo venuto a conoscenza delle intenzioni della Lega Calcio, notifica, in data 23 giugno 2014, una diffida nei confronti della Lega Calcio con la quale intima la stessa a cessare le condotte tese a non rispettare l'assegnazione dei Pacchetti originale. A tale diffida risponde RTI/Mediaset con una contro-diffida a Sky e Lega Calcio, la quale ipotizza un abuso di posizione dominante da parte di Sky, che avrebbe inviato lettere ai presidenti delle squadre di calcio con l'obiettivo di condizionare le assegnazioni, minacciando la sospensione dei pagamenti, nonché si rileva che, se Sky fosse aggiudicataria dei pacchetti A e B, la gara e i contratti stipulati con tali operatori sarebbero nulli per violazione dell'art. 102 TFUE. All'assemblea in questione risulta partecipare Infront che, nel raggiungimento di un accordo tra Lega, Sky e RTI/Mediaset risulta aver

²⁸ Cfr. sito AGCM, concorrenza, delibere, 1790, tabella avvenimenti dal 23 al 26 giugno 2014

svolto un ruolo di mediazione, per via dei motivi già citati. In tale contesto avvengono i primi contatti tra Sky e RTI/Mediaset i quali, attraverso una serie di trattative, arrivano, nella giornata del 26 giugno 2014, all'accordo per la sub-licenza del Pacchetto D. A questo punto, Infront contatta Sky per richiedere di procedere alla rinuncia al contenzioso, in modo tale che la Lega Calcio esprima il consenso ad avviare il processo per l'autorizzazione della sub-licenza. Sky dà seguito alla richiesta e conseguentemente arriva anche la disponibilità della Lega Calcio a procedere a richiedere le necessarie autorizzazioni ai sensi del Decreto Melandri. Ad esito di tali comunicazioni che hanno coinvolto Sky, RTI/Mediaset Premium, Lega e Infront, evincibili dalla documentazione reperita nel corso delle ispezioni e dagli ulteriori elementi raccolti in sede di istruttoria, viene sottoscritta, in data 26 giugno 2014 e prima della fine dell'assemblea di Lega, la scrittura privata fra RTI/Mediaset Premium e Sky, in merito alla sub-licenza del pacchetto D e ai contenuti da cedere da Sky a Mediaset. Tuttavia, all'AGCM viene presentato un accordo di sub-licenza differente da quello stipulato, in data 26 giugno 2014. Tramite i documenti acquisiti si evince come tutte le parti dell'intesa fossero a conoscenza di come la scrittura privata fra RTI/Mediaset Premium e Sky, in merito alla sub-licenza del pacchetto D e ai contenuti da cedere da Sky a Mediaset, non rappresentasse la versione dell'accordo rappresentato all'Autorità con l'istanza presentata dalla Lega Calcio di deroga al divieto di sub-licenza previsto dall'articolo 11, comma 6, del Decreto Melandri per il pacchetto D. Inoltre, l'Autorità ha acquisito un documento nel quale RTI/Mediaset e Sky sollevano da ogni responsabilità la Lega da eventuali difformità rispetto al contenuto dell'autorizzazione rilasciata dall'AGCM (c.d. accordo di man leva).

3.2.5 Argomentazioni delle Parti

Nel corso del procedimento, in sede di audizione e di risposta alle richieste di informazioni, le Parti del procedimento hanno sviluppato argomentazioni difensive tese a sollevare vizi procedurali, che avrebbero determinato la lesione del diritto al contraddittorio e a contestare l'esistenza dell'intesa e l'imputabilità della stessa alla loro condotta. In particolare, secondo le Parti:

- a) alcuni documenti sarebbero stati sottratti, in tutto o in parte, all'accesso pur essendo rilevanti ai fini del completo esercizio del diritto di difesa (in particolare secondo Sky, RTI/Mediaset e Lega Calcio);
- b) l'esito finale della gara sarebbe stata l'unica soluzione possibile del confronto competitivo avvenuto fra i partecipanti, garantendo il massimo introito per la Lega ed evitando il rischio di contenzioso (argomentazione sviluppata da Sky, RTI/Mediaset e Lega Calcio);

- c) mancherebbe una prova circa gli effetti dell'intesa contestata con particolare riferimento al danno dei consumatori e sulla sussistenza di un'intesa per se illecita (argomentazione sviluppata da Sky, RTI/Mediaset e Lega Calcio);
- d) l'offerta presentata da Eurosport non avrebbe avuto alcun rilievo in quanto sotto il minimo indicato nell'invito a presentare offerte (argomentazione sostenuta da tutte le Parti);
- e) le valutazioni svolte dall'AGCM e dall'AGCom prima dell'avvio del procedimento avrebbero ingenerato un legittimo affidamento circa la legittimità dell'esito finale della gara (argomentazione sostenuta da tutte le Parti);

- f) Sky ha contestato l'imputabilità dell'intesa in quanto sarebbe stata vittima di pressioni da parte di Lega, Infront e RTI/Mediaset Premium; la Lega sarebbe estranea alle condotte di Sky e Mediaset sia rispetto allo svolgimento della gara che con riferimento alla sottoscrizione dell'accordo di sub-licenza che, come sostenuto anche dagli operatori che hanno sottoscritto l'accordo, non presenterebbe criticità; Infront ha prospettato l'impossibilità di imputare ad una sua condotta l'intesa oggetto di contestazione in considerazione del suo ruolo di advisor.
- g) Le Parti del procedimento hanno, altresì, svolto considerazioni relative ai criteri per la determinazione della sanzione.

3.3 Valutazioni dell'AGCM

La commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi di campionati, coppe e tornei professionistici a squadre e delle correlate manifestazioni sportive, organizzati a livello nazionale, è disciplinata dal più volte citato Decreto Legislativo n. 9/2008 (anche detto Decreto Melandri). Questo decreto, in particolare, impone all'organizzatore (Lega Calcio) di mettere tutti gli operatori in competizione, per concorrere all'acquisizione dei diritti audiovisivi, attraverso apposite procedure competitive idonee a garantire ai partecipanti condizioni di assoluta equità, trasparenza e non discriminazione. A tal fine, l'organizzatore ha il compito di determinare delle linee guida per la commercializzazione dei diritti audiovisivi. Ai sensi dell'art. 6, comma 6, del Decreto Melandri, la conformità delle linee guida è verificata dall'AGCM. L'intervento dell'AGCM è finalizzato a limitare la discrezionalità dell'organizzatore entro confini coerenti con la disciplina antitrust. Dunque, il decreto prevede una disciplina complementare volta a rafforzare la tutela della concorrenza, in materia di commercializzazione dei diritti audiovisivi. Pertanto, l'AGCM valuta le condotte delle Parti dell'intesa fondandosi sul suddetto contesto normativo.

Alla luce delle informazioni emerse, precedentemente descritte, l'AGCM indica la sussistenza di comportamenti tesi ad alterare l'inerziale dispiegarsi delle dinamiche competitive, con riferimento all'assegnazione dei diritti audiovisivi per il campionato di Serie A per il triennio 2015-2018, violando l'art. 101 del TFUE. Infatti, successivamente al primo confronto competitivo tra Sky e RTI/Mediaset, sorge un accordo in cui prendono parte, oltre ai due partecipanti, anche l'organizzatore (Lega Calcio) e il suo *advisor* (Infront), che ha di fatto falsato l'esito della gara. Quest'accordo è stato, dunque, definito come un'intesa restrittiva della concorrenza avente ad oggetto la ripartizione del mercato, tramite l'alterazione dell'originale assegnazione dei diritti del dibattito. Essa è stata considerata pregiudizievole per la concorrenza, ostacolando sia la competizione con gli altri operatori che il possibile ingresso di nuovi concorrenti.

L'intesa è promossa da Lega e Infront, reca vantaggio principalmente a RTI/Mediaset Premium, e Sky vi aderisce indotta anche dalla condotta delle altre Parti. L'intesa è quindi imputabile a tutte le Parti del procedimento, sebbene il ruolo di ciascuna vada distinto in considerazione delle specifiche condotte poste in essere.

In particolare, Lega Calcio ha ispirato la soluzione spartitoria dei diritti audiovisivi insieme a Infront, promuovendo la soluzione negoziale per l'assegnazione dei diritti e ne ha consentito l'attuazione recependola nella propria delibera finale, in data 26 giugno 2014. Facendo ciò, ha vanificato gli obiettivi stabiliti dal Decreto Melandri compromettendo l'assegnazione dei diritti mediante una gara competitiva equa e non discriminatoria. Secondo l'Autorità, Lega Calcio avrebbe dovuto procedere all'assegnazione legittima dei Pacchetti A e B a Sky, per poi passare ad una successiva fase d'asta per il Pacchetto D, il quale non aveva ricevuto offerte valide. Il divieto di assegnazione dei Pacchetti A e B ad unico operatore non è previsto dal Decreto Melandri, esso infatti vieta unicamente l'assegnazione in esclusiva di tutti i Pacchetti relativi alle dirette (A e B non esaurivano il totale delle dirette). Di conseguenza, la non applicazione, da parte della Lega Calcio e del suo *advisor*, delle linee guida della procedura competitiva ha generato il presupposto per un'alterazione della concorrenza. Tali Parti hanno un ruolo incisivo anche riguardo all'accordo di sub-licenza, in quanto, già in fase precedente alla delibera finale, hanno prestato la loro consensualità.

Infront, mossa dal potenziale raggiungimento di determinati ricavi dalla vendita immediata dei Pacchetti A, B e D, ha non solo supportato e appoggiato le strategie della Lega Calcio volte al raggiungimento di una soluzione concordata, ma anche suggerito la condotta da adottare svolgendo un ruolo di mediatore sia nelle discussioni fra le squadre, in sede assembleare, che contattando direttamente gli operatori Sky e RTI/Mediaset.

Per quanto concerne la condotta di RTI/Mediaset, l'Autorità sostiene l'esistenza di un evidente interesse nel caldeggiare un'assegnazione diversa dall'esito originale sin dai primi giorni. Risulta, dai documenti acquisiti, che RTI/Mediaset abbia cercato di determinare l'esito della delibera finale sin dai primi giorni successivi all'iniziale assegnazione. Emerge, infatti, come RTI/Mediaset vuole perseguire la soluzione finale per prima, in quanto precede anche il contenuto del parere di un legale esterno richiesto dalla Lega Calcio, in data 19 giugno 2014.

Infine, l'intesa è imputabile anche a Sky, sebbene essa abbia un ruolo minore, il quale deve essere contestualizzato. Sky a differenza di RTI/Mediaset mantiene un atteggiamento competitivo fino all'iniziativa della diffida, avvenuta in data 23 giugno 2014. Tuttavia, è notevole, dalle evidenze ottenute dall'Autorità, il mutamento del comportamento di Sky, che si apre ad un possibile accordo risolutivo. Invero, in data 26 giugno 2014, arriva la stipulazione di accordo che si concretizza mediante la scrittura privata con RTI/Mediaset. Dunque, Sky ha aderito all'accordo restrittivo della concorrenza, sebbene indotto dai comportamenti delle altre Parti.

3.4 Decisioni e sanzioni dell'AGCM

In conseguenza di tali valutazioni, l'AGCM, tenendo anche conto del tenore delle disposizioni delle Parti, degli obiettivi che esse miravano a perseguire e del contesto economico-giuridico nel quale si collocano, afferma un'evidente manifestazione di intesa che presenta, di per sé, un livello sufficiente di dannosità per la concorrenza, in quanto avente ad oggetto la ripartizione del mercato dei diritti audiovisivi degli eventi calcistici. Inoltre, afferma che tale intesa sia idonea a pregiudicare il commercio intracomunitario, in virtù dell'operatività di Sky sia sul mercato italiano che di diversi Paesi dell'UE. Perciò la fattispecie ad oggetto deve essere valutata ai sensi dell'art. 101 del TFUE. Per quanto riguarda le sanzioni applicate alle Parti è opportuno precisare che:

- Lega Calcio e Infront hanno ottenuto una sanzione pari al 35% del fatturato e degli aggravanti pari al 15% del fatturato, dal momento che hanno indotto e promosso l'esito finale della gara. Inoltre, relativamente ad Infront, l'AGCM ha deciso di applicare un ulteriore aumento del 50% a causa dell'irrelevanza del fatturato in Italia rispetto a quello mondiale. Dunque, la somma fissata per le due parti risulta essere rispettivamente 1.944.070,17 di euro per Lega Calcio e 9.049.646,64 di euro per Infront.
- RTI/Mediaset ha ottenuto una sanzione pari al 35% del fatturato, ma anche degli attenuanti pari al 30%, dato che ha adottato delle iniziative tese a mitigare gli effetti restrittivi della violazione e non ha costituito un ruolo decisivo nell'intesa. L'ammontare della multa è stato fissato a 51.419.247,25 di euro.

- Sky ha ottenuto una particolare sanzione, poichè l'Autorità ha deciso di derogare all'applicazione delle linee guida sanzionatorie, in virtù delle specifiche circostanze del ruolo di Sky nell'intesa. Dunque, si è ritenuto congruo fissare l'ammontare della sanzione a 4.000.000 di euro, in modo tale da differenziare sensibilmente la posizione di Sky.

Conclusioni

Obiettivo di tale elaborato è stato quello di analizzare gli atteggiamenti cooperativi, che si manifestano nella maniera più feconda in un mercato concentrato, in modo tale da evidenziare le casistiche delle intese restrittive della concorrenza e le loro ripercussioni sulle dinamiche inerziali della contendibilità del mercato. Per ottenere un riscontro in un contesto realistico, abbiamo esaminato il caso della vendita dei diritti audiovisivi per gli eventi calcistici del campionato di Serie A, avvenuto recentemente in Italia. Ad esito di tale lavoro si può evincere come le possibilità di stabilire un'intesa restrittiva, in un contesto oligopolistico, siano davvero significanti e che gli strumenti concreti in mano alle *authorities*, al fine di identificarne l'origine e di condannarne l'instaurazione, siano esigui.

In prima istanza è stato dato rilievo alla contestualizzazione delle condotte collusive, che trovano margini di proliferazione più fertili in un mercato oligopolistico. Sono stati analizzati i principali tipi di intese e i fattori dominanti che influenzano l'istituzione di esse.

In seconda istanza è stata data attenzione alla classificazione di quelle intese considerate come dannose per le dinamiche concorrenziali e, quindi, all'esistenza di una regolamentazione e di una disciplina volte a garantire e ad assicurare la libera contendibilità del mercato. Ad oggi, sfortunatamente, le evidenze più nette ed incisive per riconoscere l'esistenza di un cartello risultano essere la confessione o l'esistenza di una prova cartacea e, dunque, anche le più complicate ad emergere. Si è notato come, ciò nonostante, la disciplina dell'antitrust è in continuo innovamento, cambiamento e adattamento al fine di sviluppare tecniche e strumenti sempre più efficienti ed efficaci per identificare e contrastare i fenomeni in questione.

In ultima istanza per dare colore a quanto argomentato, è stato utile esaminare un caso reale. Si sono potute scorgere da un lato, le facilità degli operatori del mercato nel venire in contatto ed in collaborazione tra di essi e da un altro, le avversità e le complicazioni che ha dovuto affrontare l'AGCM per riuscire ad ottenere prove ed evidenze, relative alla possibile esistenza di un vero e proprio cartello. L'AGCM è riuscita ad identificare e condannare il caso solo dopo essere venuta a capo di documentazione scritta.

Valutando, nel complesso, l'operato dell'authority possiamo affermare che sia stato eseguito prendendo delle decisioni appropriate, considerando i mezzi a disposizione della stessa. L'AGCM è riuscita a conferire i giusti pesi alle posizioni intraprese dai

partecipanti all'interno dell'intesa, commisurando delle multe adeguate agli stessi, anche se avrebbe potuto risparmiare alcuni attenuanti, soprattutto quelli relativi a RTI/Mediaset. In questo caso l'AGCM avrebbe dovuto riconoscere al suddetto partecipante un ruolo chiave all'interno dell'intesa, in quanto promotore attivo di trattative nascoste all'authority e sostenitore dell'esistenza di un iniziale comportamento anticoncorrenziale di Sky. È proprio da questa supposizione infondata che viene generato un meccanismo di comunicazione interna tra i partecipanti per trovare una soluzione di pacifico accordo, che si rivelerà, come abbiamo riscontrato, dannosa per le dinamiche concorrenziali del mercato. A tal proposito, l'AGCM, seguendo questo ragionamento, avrebbe potuto compiere delle decisioni esemplari, in modo tale da inviare un segnale ancor più significativo agli operatori del mercato in questione. Ad ogni modo, in futuro sarà difficile intraprendere delle condotte collusive nel settore analizzato, poiché l'AGCM porrà sicuramente maggiore attenzione alle regole, dinamiche e agli esiti delle aste competitive, in modo tale estinguere qualsiasi successiva problematica. In aggiunta, Sky sarà più preparata ad affrontare determinate supposizioni e diffide da parte del primo concorrente RTI/Mediaset. Infine, sarebbe opportuno rivedere alcuni punti del decreto Melandri per conferire un'elevata trasparenza e chiarezza alla normativa stessa.

Tutte queste considerazioni non vogliono certamente mettere in secondo piano la competenza, professionalità, integrità e dedizione messa in atto dall'AGCM, ricordando che il compito delle authorities è assai complesso in virtù della volatilità e dinamicità della normativa antitrust, nonché dei limitati strumenti accessori fruibili per la verifica della costituzione di un'intesa restrittiva della concorrenza.

Alla luce delle rimozioni affiorate dall'elaborato, tuttavia, rimangono aperte due questioni. La prima, relativa alla concreta fattibilità di sviluppare efficaci sistemi identificativi degli atteggiamenti collusivi, che ledono la concorrenza in maniera significativa. La seconda, relativa alla possibile eventualità di stabilire un divieto assoluto nei confronti dell'intese e alle conseguenti implicazioni per le naturali dinamiche concorrenziali del mercato. Quest'ultima chiave risolutiva è oggetto di una serie di suggestive analisi e ricerche, per le quali non si è finora formato un movimento pacificamente incontrastato. Questo forse rappresenterà a lungo il principale campo di indagine della disciplina antitrust.

Bibliografia

- C. SCOGNAMIGLIO PASINI – M. MATTOCCIA – I. PANICCIA, *Economia industriale: economia dei mercati imperfetti*, Luiss university press, 2013
- DAVID A. BESANKO – R. BRAEUTIGAM, *Microeconomia*, Mcgraw-Hill, 2011
- P. BASTIA, *Sistemi di pianificazione e controllo*, Il Mulino, 2008
- P. LEGRENZI – A. MASSARENTI, *L'economia nella mente: come evitare trappole che fanno perdere i soldi*, Raffaella Cortina Editore, 2016
- J. GAILBRAIGHT, *Monopoly and the Concentration of economic Power, in a survey of contemporary economics*, Blakistan, 1948
- G. I. BISCHI – F. LAMANTIA – D. RADI, *Journal of economic behaviour and organisation*, Elsever Sequoia, 2015
- VON NEUMANN – O. MORGENSTERN, *Theory of games and economic behaviour*, Princeton university press, 1944
- DENNIS. W. CARLTON – JEFFREY M. PERLOFF, *Organizzazione industriale*, Mcgraw-Hill, 2013
- P. S. LABINI, *Oligopolio e progresso tecnico*, Einaudi, 1967
- B. J. NALEBUFF, A. M. BRANDERBURGER, *Coopetition*, Currency Doubleday, 1996
- C. SCOGNAMIGLIO, *Introduzione all'economia dei settori industriali*, Unicopli, 1979
- N. G. MANKIW – M. P. TAYLOR, *Macroeconomia*, Zanichelli, 2015
- F. FONTANA – M. CAROLI, *Economia e gestione delle imprese*, Mcgraw-Hill, 2013

- G. A. HAY – D. KELLEY, *An empirical survey of price fixing conspirancies*, Cornell law economics, 1974
- G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 1, diritto dell'impresa*, Utet giuridicas, 2014
- G. A. HAY, *Anti-competitive agreements: the meaning of "agreement"*, Cornell law economics, 2013
- L. F. PACE, *Diritto europeo della concorrenza*, Cedam, 2007
- S. BASTIANON, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Giuffrè editore, 2011
- M. MOTTA – M. POLO, *Antitrust: economia e politica della concorrenza*, Il Mulino, 2005