

DIPARTIMENTO DI IMPRESA E MANAGEMENT
CORSO DI LAUREA IN ECONOMIA E MANAGEMENT

CATTEDRA DI DIRITTO PUBBLICO DELL'ECONOMIA

**L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE E
LE CLAUSOLE DI ESCLUSIVA:
IL CASO "UNILEVER ITALIA MKT.
OPERATIONS S.R.L."**

Chiar.ma Prof.ssa Mirella Pellegrini

RELATORE

Eugenio D'Alessio matr. 290281

CANDIDATO

INDICE

CAPITOLO I

L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE E CLAUSOLE DI ESCLUSIVA

<i>1.1 La normativa Antitrust</i>	4
1.1.1 Antitrust: teoria economica e teoria giuridica dell'intervento e dell'interesse pubblico.....	5
1.1.2 Normativa comunitaria.....	7
1.1.3 Normativa italiana.....	12
1.1.4 Differenze tra la disciplina italiana e comunitaria.....	16
<i>1.2 La “ratio” della normativa antitrust</i>	19
1.2.1 Perimetro applicativo.....	19
1.2.2 Incidenza sui mercati della normativa antitrust.....	20
<i>1.3 L'abuso di posizione dominante</i>	23
1.3.1 Possibili definizioni.....	24
1.3.2 Il mercato rilevante e valutazioni del medesimo.....	26
1.3.3 Fattispecie comportanti abuso	28
1.3.4 Gli abusi di sfruttamento.....	29
1.3.5 Gli abusi escludenti.....	32
1.3.6 Clausole di esclusiva e pratiche scontistiche.....	33

CAPITOLO II

IL CASO “UNILEVER ITALIA MKT. OPERATIONS S.R.L.” E L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

<i>2.1 Oggetto della controversia e sviluppi giurisprudenziali</i>	38
2.1.1 Contenzioso.....	38
2.1.2 Le contestazioni dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato	40

2.2 L'Abuso di posizione dominante della società "Unilever"	47
2.2.1 La difesa della società "Unilever"	47
2.2.2 Violazione dell'art. 102 TFUE	48
2.2.3 La nozione di "impresa" e di "unica unità economica"	51
2.2.4 Il coordinamento tra operatori economici	54
2.2.5 Elemento oggettivo dell'illecito – "Sfruttamento abusivo"	58
2.2.6 Clausole di esclusiva e <i>Cabinet exclusivity</i>	63
2.2.7 Il Coordinamento contrattuale rispetto alla concessione in vendita di prodotti.....	74
2.2.8 Quesiti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.....	77
2.3 Breve analisi di fattispecie similari	80
2.3.1 La sentenza "INTEL": controversia e principi	80
2.3.2 Comparazione con il caso Unilever	82
2.3.3 La sentenza "SAGIT": controversia e principi	84
2.4 Orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea	90
2.4.1 <i>Prima questione pregiudiziale</i>	92
2.4.2 <i>Seconda questione pregiudiziale</i>	95
2.4.3 <i>Conclusioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea</i>	101
2.5 Conseguenze sui mercati delle clausole di esclusiva	103
2.5.1 <i>L'alterazione del mercato dipendente dalle clausole di esclusiva</i>	103

CAPITOLO III

TUTELA E PREVENZIONE DELLE CONDOTTE ABUSIVE

3.1 <i>La libera concorrenza dei mercati e strumenti a tutela</i>	107
CONCLUSIONI	119
Bibliografia	123
Sitografia	128

CAPITOLO I

L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE E CLAUSOLE DI ESCLUSIVA

1.1 La normativa Antitrust

La normativa Antitrust è disciplinata nell'ordinamento nazionale ai sensi della legge n. 287 del 1990 attualmente vigente nonché mediante fonti comunitarie e Giurisprudenza in materia antitrust.

Per ben comprendere lo scopo e la materia oggetto di tutela della disciplina antitrust occorre analizzare il contesto economico e le forme di mercato, ed in particolare quello della concorrenza. La libera concorrenza¹, ad esempio, consente un accesso molto libero alle attività commerciali. Essa si manifesta nella libera scelta degli acquirenti (soprattutto dei consumatori), nella possibilità di acquisire le migliori opportunità disponibili sul mercato e di proporre nuove senza imposizioni da parte dello Stato o vincoli da parte delle associazioni imprenditoriali.

La concorrenza è, quindi, generalmente tutelata attraverso discipline normative definite come discipline antitrust che consentono il corretto svolgimento delle relazioni concorrenziali.

Le norme antitrust fungono quale perno per la tutela del regime di concorrenza tra le imprese, tuttavia, al fine di tutelare questo regime, non è possibile vietare in modo assoluto tutte le situazioni e le pratiche che limitano la concorrenza.

Infatti, l'articolo 41 della Costituzione² sancisce la libertà dell'attività economica

¹ La libera concorrenza è un principio economico che promuove un mercato aperto e competitivo, in cui diverse imprese possono operare liberamente senza restrizioni ingiustificate. Questo principio mira a incoraggiare la competizione tra le imprese, consentendo ai consumatori di beneficiare di prezzi più bassi, una maggiore scelta e una migliore qualità dei prodotti e servizi. La libera concorrenza è un elemento fondamentale per promuovere l'efficienza economica e stimolare l'innovazione. Sul tema v. tra gli altri *SCOGNAMIGLIO PASINI C*, Economia industriale. Economia dei mercati imperfetti. 3. Ed. LUISS University Press, Roma, 2016, pp. 442-443.

² **Art. 41 Costituzione** dispone che: "L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali".

Cfr. *BIN R., PITRUZZELA G.*, Diritto pubblico, Percorso I Organizzazione dei poteri pubblici Percorso II Atti pubblici e tutela dei diritti, Quindicesima edizione, Giappichelli Editore, 2022, pag. 492 e ss.

privata, ma stabilisce, inoltre, che l'iniziativa economica non deve essere contraria all'utilità sociale.

La legge determina, quindi, norme idonee a garantire la compatibilità tra attività economiche pubbliche e private e a orientarle verso fini sociali. Si tratta di finalità sociali per cui sono state emanate le moderne leggi antitrust, basate sulla premessa che una concorrenza effettiva è essenziale per il progresso economico. La semplice libertà di concorrenza non è sufficiente a garantire un mercato effettivamente concorrenziale poiché le imprese potrebbero instaurare rapporti collusivi che limitano la concorrenza.

Il diritto antitrust si basa, quindi, sul riconoscimento e sulla protezione della libertà di concorrenza e impone divieti contro atti che alterano il corretto funzionamento del mercato.³

1.1.1 Antitrust: teoria economica e teoria giuridica dell'intervento e dell'interesse pubblico

La disciplina Antitrust interessa, inevitabilmente, il mercato in cui operano le imprese e pone in evidenza l'intervento dei pubblici poteri nell'economia.

La teoria economica fornisce una chiara descrizione del ruolo dell'intervento dei pubblici poteri nell'economia focalizzandosi sull'efficienza allocativa e sulla necessità di garantire che il mercato funzioni in modo efficiente. Lo scopo della regolazione è risolvere i fallimenti del mercato. Quando un'impresa o un gruppo di imprese possiedono un diffuso e duraturo potere di mercato, la regolazione deve imitare gli effetti di un mercato concorrenziale in modo da evitare alterazioni dovute a posizioni di vantaggio competitivo. Questo tipo di regolazione è detto "pro concorrenziale"⁴.

L'intervento pubblico nella regolazione economica è vantaggioso e, forse, necessario quando si tratta di risolvere i fallimenti del mercato, poiché solo in queste

³ Cfr. LAZZARA P., Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 0, 2015, pag. 767.

⁴ Cfr. SCOGNAMIGLIO PASINI C, *op. cit.*, pag. 443 e ss.

situazioni i benefici superano i costi⁵. Tuttavia, la determinazione delle regole di comportamento richiede un accentramento delle decisioni economiche, ma ciò non è semplice poiché vi è difficoltà nel reperimento delle informazioni necessarie per raggiungere risultati socialmente ottimi⁶. Inoltre, l'intervento pubblico corre il rischio di servire gli interessi particolari anziché quelli collettivi.

La regolazione dovrebbe limitarsi alle situazioni in cui il mercato fallisce, ma cercando di preservare il più possibile il decentramento delle decisioni economiche, adottando un approccio proporzionale al contesto economico in auge. La proporzionalità dell'intervento pubblico può essere considerata in due forme: da un lato la regolazione economica in senso stretto e, dall'altro, l'azione di tutela della concorrenza, entrambe da considerarsi viatici alternativi tra loro funzionali a promuovere la concorrenza nei mercati e il benessere sociale⁷.

La tutela della concorrenza è basata su divieti generali rivolti a tutti i mercati, mentre la regolazione è settoriale e si concentra solo sugli ambiti affetti da fallimenti di mercato. Ancora, la tutela della concorrenza favorisce il decentramento delle decisioni economiche e si concentra nell'individuazione e nella sanzione dei comportamenti illeciti. D'altro canto, la regolazione richiede un accentramento delle decisioni e si concentra sul definire le azioni lecite che devono essere seguite⁸.

La proporzionalità dell'intervento pubblico si traduce in una limitazione dell'intervento regolatorio quando la tutela della concorrenza è sufficiente a evitare

⁵ In tale ipotesi si distingue la regolazione economica (volta alla risoluzione dei fallimenti del mercato) dalla regolazione sociale (volta a conseguire esiti redistributivi socialmente considerati equi).

Cfr. CASSESE S., *Regolazione e Concorrenza*, in G. Tesaro G., M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e Concorrenza*, Il Mulino, 2000.

⁶ Nel contesto di un mercato concorrenziale tale informazione è privata e dispersa fra gli attori presenti sul mercato. La stessa viene pubblicizzata attraverso il prezzo, mentre il processo di estrazione dell'informazione da parte di pubbliche Autorità è costoso e tendenzialmente imperfetto. Cfr. GRILLO M. RANCIP., *Tutela della concorrenza e regolazione settoriale*, in *Economia e Politica Industriale*, n. 87, 1995, p. 7.

⁷ Cfr. BREYER S., *Regulation and its reform*, Harvard University Press, 1982, p. 156: " Regulation and antitrust aim at similar goals - i.e., low and economically efficient prices, innovation, and efficient production methods (...) Regulation, however, seeks to achieve them directly whereas antitrust seeks to achieve them indirectly by promoting and preserving a process that tends to bring them about. "

⁸ Cfr. BALZANO M., GRILLO M., *Concorrenza e regolazione: limiti dell'intervento antitrust*, in *Analisi Giuridica dell'Economia* n. 2, 2002, p. 485.

PROSPERETTI L., *I rapporti fra regolazione e concorrenza*, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 2, 2002, p. 277.

esiti inefficienti e indesiderati. La tutela della concorrenza si occupa di comportamenti già posti in essere dai soggetti privati, mentre la regolazione avviene prima che tali comportamenti si manifestino.

Queste distinzioni tra le due tipologie di intervento pubblico riverberano anche sul disegno istituzionale delle Autorità pubbliche preposte. In particolare, esistono due tipi di istituzione pubblica: una responsabile dell'*enforcement* ex-post delle regole di tutela della concorrenza (Autorità di concorrenza dette "ANC") e l'altra incaricata di specificare ex-ante le azioni che i destinatari delle regole devono seguire (Autorità di regolazione dette "ANR")⁹.

È da precisare che le considerazioni fin qui esposte riguardano principalmente il diritto oggettivo e l'ordinamento giuridico e possono variare a seconda delle politiche legislative e dei settori di riferimento. È, quindi, evidente come il "confine astratto e mobile tra Stato e Mercato"¹⁰ abbia influenzato le relazioni tra tutela della concorrenza e regolazione settoriale.

Gli obiettivi e le modalità dell'azione pubblica nell'economia possono variare a seconda delle politiche legislative e dei settori di riferimento e, in virtù di ciò, si rende necessaria un'analisi giuridico-normativa specifica per un settore economico particolare.

1.1.2 Normativa comunitaria

Il principio di un mercato aperto e competitivo ha caratterizzato l'ordinamento giuridico dell'Unione Europea fin dall'inizio, a differenza di quello nazionale.

⁹ In ordine alla differenziazione teorica fra Autorità di concorrenza ed Autorità di regolazione settoriale Cfr. *CAIANIELLO V.*, Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile, in *Rassegna Giuridica Energia Elettrica*, 1997, p. 37;
AMATO G., Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia, in *Associazione Italiana dei costituzionalisti* (a cura di), *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Atti del Convegno di Sorrento del 30 maggio 1997, Padova, 1999, p. 13; *PERA A.*, Appunti sulla riforma delle Autorità: regolazione e concorrenza, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 2, 2002, p. 329;
CLARICH M., Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello, Il Mulino, 2005;
MANETTI M., Le Autorità indipendenti, Laterza, 2007; *A.DE STREEL*, Antitrust and Sector-Specific Regulation in the European Union: The Case of Electronic Communications, in R. Dewenter, J. Haucap (edited by), *Access Pricing: Theory and Practice*, Emerald Group, 2007, p. 327;
MONTI G., Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law, in *The Competition Law Review*, n. 2, 2008, p. 123.

¹⁰ Cfr. *NICITA A.*, *PARDOLESI R.*, Il Nobel che fece l'impresa. Coase e il governo delle regole incomplete, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 3, 2008, p. 427.

Sono posti alla base della normativa comunitaria antitrust alcuni principi come la libertà di circolazione e di stabilimento, le disposizioni sugli aiuti di Stato e, soprattutto, le regole di concorrenza applicabili agli operatori, artt. 101 e 102 del TFUE (artt. 81 e 82 del TCE) che si applicano anche alle imprese pubbliche e agli enti con diritti speciali o esclusivi (art. 106.2 del TCE)¹¹.

La normativa antitrust comunitaria è costituita, quindi, da un insieme di leggi e regolamenti che mirano a garantire la concorrenza libera e leale all'interno del mercato europeo.

La disciplina antimonopolistica comunitaria si è sviluppata sin dall'avvio del processo di integrazione europea. Nel trattato di Parigi del 1951, con il quale venne istituita la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA¹²), erano previsti divieti contro pratiche restrittive della concorrenza, anche se solo nell'ambito dei settori del carbone e dell'acciaio.

La tutela della concorrenza assunse una maggior rilevanza con la creazione della Comunità Economica Europea (CEE), nel 1957, al punto che nel trattato istitutivo tale obiettivo era enunciato esplicitamente; infatti, ai sensi dell'art. 3, lett. g), “l'azione della Comunità comporta, alle condizioni e secondo il ritmo previsti dal presente trattato (...) un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno”¹³. Inoltre, erano contenute nel trattato CEE due norme a tutela della concorrenza, riguardanti in particolare fenomeni di formazione di intese e di abusi di posizione dominante: si tratta rispettivamente degli artt. 85 e 86 (successivamente rinumerati 81 e 82)¹⁴. Non era prevista tuttavia nessuna

¹¹ MANGANELLI A., Il principio di concorrenza fra antitrust e regolazione. il caso delle comunicazioni elettroniche, Fonte: Concorrenza e mercato, fasc.1, 2013, pag. 279.

¹² La CECA, acronimo di Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio, fu un'organizzazione internazionale istituita nel 1951 con il Trattato di Parigi. Era composta da sei paesi europei: Francia, Germania occidentale, Italia, Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo. La CECA aveva l'obiettivo di integrare i mercati del carbone e dell'acciaio dei paesi membri e di gestire in comune le risorse di queste materie prime strategiche dopo la devastazione causata dalla Seconda Guerra Mondiale. Essa è stata la prima forma di cooperazione economica tra stati europei ed è considerata un precursore dell'attuale Unione Europea.

¹³ La Comunità Economica Europea (CEE) è stata un'organizzazione sovranazionale creata con il Trattato di Roma nel 1957, insieme alla Comunità Europea dell'Energia Atomica (EURATOM). La CEE è stata una delle tre Comunità Europee originarie insieme alla CECA (Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio). La CEE mirava a creare un mercato comune tra i suoi membri, promuovere la libera circolazione di persone, beni, servizi e capitali, favorire la cooperazione economica e promuovere la prosperità e lo sviluppo economico in Europa.

Cfr. BIN R., PITRUZZELA G., *op. cit.*, pag. 11 e ss.

¹⁴ Mutata la numerazione degli articoli con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam nel 1999.

disposizione relativa al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, a causa di opinioni divergenti tra gli Stati membri nella definizione di vari aspetti della disciplina della fattispecie, quali obiettivi e modalità di valutazione. Nell'ambito della creazione del mercato comune le concentrazioni tra imprese erano in parte ritenute favorevoli poiché idonee ad accrescere la competitività dell'industria europea. Tuttavia, le numerose concentrazioni che seguirono resero evidente l'esigenza di introdurre un sistema di controllo, a causa degli effetti negativi provocati dall'eccessivo accentramento di potere economico sulla struttura competitiva dei mercati. Tali operazioni vennero quindi in seguito disciplinate, con l'emanazione di un apposito regolamento, ovvero il Reg. n. 4064/89.

La disciplina antitrust delineata con il trattato istitutivo della Comunità economica europea ha subito alcune modifiche nel corso del tempo, in particolare con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009¹⁵. Si tratta in realtà di modifiche di natura formale piuttosto che sostanziale, in quanto le disposizioni del Trattato CEE in materia di intese e abuso di posizione dominante sono state trasposte negli artt. 101 e 102 Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), senza alcuna variazione rispetto alle formulazioni originarie. Tuttavia, la tutela della concorrenza non è più menzionata espressamente tra gli obiettivi fondamentali perseguiti dall'Europa, anche se nel protocollo n. 27 allegato al Trattato è affermato che il mercato interno "comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata".

Attualmente le fonti di riferimento per la disciplina antitrust sono, quindi, contenute all'interno del TFUE e del Reg. CE n. 139/2004 (Regolamento sulle concentrazioni¹⁶), in cui vengono sanciti divieti relativi a tre fattispecie costituenti pratiche anticoncorrenziali: le intese, l'abuso di posizione dominante e le concentrazioni.

¹⁵ Il Trattato di Lisbona è un trattato dell'Unione Europea (UE) firmato il 13 dicembre 2007 e entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Esso è stato elaborato per riformare il funzionamento dell'UE e rendere le istituzioni europee più efficienti e democratiche. Il Trattato in esame ha modificato il TUE nonché il TCE (il quale è stato denominato Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea).

Ibidem.

¹⁶ Introdotta in sostituzione del precedente regolamento in materia di concentrazioni, il Reg. n. 4064/89.

Il primo divieto è contenuto nell'**art. 101 TFUE**, ai sensi del quale “Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno”. Le intese consistono in accordi o comportamenti concordati tra imprese, realizzati anche attraverso organismi comuni, quali consorzi o associazioni di imprese, con cui le stesse vincolano la propria libertà di azione sul mercato. Non tutte le imprese ricadono nel divieto espresso dalla norma, ma solo quelle che possano costituire un ostacolo al commercio tra Stati membri o alla concorrenza nel mercato interno. Nella disposizione in parola è altresì stabilito che “gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto”. L'art. 101 prevede tuttavia delle esenzioni dal divieto di intese restrittive, che possono essere concesse qualora si ritenga che tali pratiche possano avere effetti positivi sull'offerta del mercato e produrre benefici per i consumatori, in particolare in presenza delle condizioni enunciate dalla norma stessa.

La seconda pratica anticoncorrenziale considerata dall'ordinamento comunitario è l'abuso di posizione dominante, il cui divieto è sancito dall'art. 102 TFUE. Un'impresa acquisisce una posizione dominante quando il potere economico che detiene è tale da permetterle di agire sul mercato in modo totalmente autonomo e indipendente, cioè non tenendo conto della reazione dei *competitors*, ed esercitare una notevole influenza sul mercato stesso¹⁷. In conformità alla disposizione, il divieto non riguarda la detenzione di una posizione dominante, fatto che non costituisce illecito, ma lo “sfruttamento abusivo” di tale posizione “sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo¹⁸”, ostacolando la concorrenza e danneggiando fornitori e consumatori. Per questa fattispecie, a differenza di quanto previsto per le intese, non è ammessa alcuna eccezione¹⁹.

Infine, la terza fattispecie considerata dalla normativa antitrust comunitaria consiste nelle operazioni di concentrazione tra imprese, disciplinate dall'apposito

¹⁷ Concetto analiticamente analizzato nel paragrafo 1.3. e ss.

¹⁸ Come espressamente previsto ex art. 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

¹⁹ Cfr. *BALZANO M., GRILLO M.*, op. cit., pag. 43 e ss.

regolamento comunitario, il Reg. CE n. 139/2004. Lo scopo di tale complesso di norme è quello di impedire la realizzazione di concentrazioni, nella forma di fusioni o acquisizioni, che possano avere un consistente effetto restrittivo sulla concorrenza. La nozione di concentrazione è contenuta nell'art. 3, par. 1, del Regolamento stesso, ai sensi del quale "Si ha una concentrazione quando si produce una modifica duratura del controllo a seguito: a) della fusione di due o più imprese precedentemente indipendenti o parti di imprese; oppure b) dell'acquisizione, da parte di una o più persone che già detengono il controllo di almeno un'altra impresa, o da parte di una o più imprese, sia tramite acquisto di partecipazioni nel capitale o di elementi del patrimonio, sia tramite contratto o qualsiasi altro mezzo, del controllo diretto o indiretto dell'insieme o di parti di una o più altre imprese." In base all'art. 1 Reg. CE n. 139/2004, per ricadere nell'ambito di applicazione del regolamento, le operazioni di concentrazione devono avere "dimensione comunitaria", la quale viene raggiunta quando le imprese coinvolte nella fusione o acquisizione superino, per fatturato complessivo, le soglie fissate nel medesimo articolo²⁰.

Nell'ambito della normativa antitrust comunitaria, accanto ai principi fondamentali fin qui esaminati, volti a disciplinare le condotte dei privati che possano pregiudicare il sistema concorrenziale, hanno rilievo due ulteriori disposizioni, artt. 106 e 107 TFUE, rivolte alle pubbliche amministrazioni funzionali a limitare fortemente la possibilità di intervento pubblico nell'economia.

In conformità all'**art. 106 TFUE**, è permesso agli Stati membri attribuire ad imprese, pubbliche o private, diritti speciali o esclusivi²¹, sottraendole in tutto o in parte alla concorrenza, ma è fatto loro divieto di emanare o mantenere nei confronti di tali imprese "alcuna misura contraria alle norme dei trattati", in particolare, alle disposizioni a tutela della concorrenza e al principio di non discriminazione in base alla nazionalità²². Inoltre, al **secondo comma**, è stabilito che le imprese "incaricate

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Il concetto di "diritti speciali" fa riferimento a quei privilegi che limitano l'accesso al mercato a poche imprese, attraverso l'introduzione di barriere legislative, regolamentari o amministrative. I "diritti esclusivi", invece, riguardano la concessione di un monopolio legale a favore di un'impresa.

²² Principio che emerge dal precetto dell'articolo 18 TFUE, ai sensi del quale "Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità".

della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale” non possono sottrarsi alla normativa antitrust “nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”.

L'**art. 107 TFUE** disciplina, invece, gli aiuti di Stato erogati a imprese o settori, i quali sono in linea di principio “incompatibili con il mercato interno”, in quanto possono avere effetti distorsivi sul funzionamento dei mercati, falsando la concorrenza; tuttavia, alcuni tipi di aiuti di Stato sono consentiti, in particolari circostanze, e la loro concessione è regolata dagli artt. 107 e 108 TFUE.

L'efficacia dell'attuazione di questi principi e disposizioni è garantita dalle disposizioni dell'articolo 106.3 TFUE (86.3 TCE). Esso affida alla Commissione funzioni di vigilanza e di intervento (attraverso l'adozione di direttive e decisioni) sul divieto per gli Stati membri di emanare e mantenere misure contrarie alle norme del Trattato nei confronti delle imprese pubbliche a cui concedono diritti speciali ed esclusivi²³.

In buona sostanza, la Commissione Europea è responsabile di monitorare attentamente l'operato degli Stati membri per garantire che non vengano introdotte o mantenute misure contrarie alle regole del mercato interno dell'UE, soprattutto quando riguardano imprese pubbliche che godono di privilegi speciali o esclusivi. Nel caso in cui la Commissione rilevi che uno Stato sta violando tali divieti e concedendo trattamenti discriminatori, essa ha il potere di intervenire attraverso l'adozione di direttive e decisioni che correggano la situazione e pongano fine a tali pratiche anti-concorrenziali.

1.1.3 Normativa italiana

Le disposizioni e i principi comunitari in materia di concorrenza si sono progressivamente imposti ai legislatori nazionali sulla base del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale.

L'efficacia diretta delle Decisioni e dei Regolamenti Europei, il loro necessario

²³ Cfr. *NAPOLITANO G.*, Towards a European legal order for services of general economic interest, in *European Public Law*, 2005, p. 566.

recepimento nell'ordinamento interno con leggi di attuazione, la disapplicazione delle norme nazionali (finanche aventi carattere costituzionale²⁴) in conflitto con il diritto comunitario hanno inciso, inevitabilmente, sulla natura sostanziale della costituzione economica nazionale²⁵.

L'introduzione di una normativa nazionale in materia antitrust è alquanto tardiva rispetto a quella europea ed è stata adottata in Italia solo negli anni Novanta.

Il ritardo trova giustificazione, innanzitutto, nella diffusa ideologia contraria alla regolamentazione antitrust poiché l'ordinamento economico italiano era basato sui principi della libertà di mercato. Inoltre, la debolezza economica del Paese rendeva poco auspicabile l'introduzione di restrizioni che avrebbero limitato le opportunità di crescita delle imprese.

Durante i dibattiti in Assemblea Costituente, l'introduzione della tutela della concorrenza negli articoli della Costituzione fu discussa e sostenuta soprattutto dall'economista liberale Luigi Einaudi. Egli riteneva che uno dei principali problemi dell'economia italiana fosse l'esistenza di potenti monopoli che causavano l'aumento dei prezzi e la diminuzione della produzione, con conseguente aumento della disoccupazione. Propose, quindi, un emendamento all'articolo 41 della Costituzione per aggiungere una clausola in cui si affermava che "la legge non è un mezzo per formare monopoli economici, ma dove i monopoli esistono, per sottoporli al controllo pubblico".

L'emendamento proposto che prevedeva, quindi, il controllo pubblico dei monopoli economici venne respinto perché nell'opinione generale emersa dal dibattito prevaleva una scarsa fiducia nella competizione libera, considerata un concetto astratto che non si applicava alla realtà economica italiana. In conseguenza di tale opinione negativa non vi era alcun riferimento esplicito nel testo della Costituzione in materia di concorrenza.

Per molto tempo, quindi, mentre la tutela della concorrenza è stata fortemente promossa in quasi tutti i Paesi industrialmente sviluppati, l'ordinamento italiano non

²⁴ Eccezione fatta per i " principi supremi dell'ordinamento ", C. Cost. n. 1146 del 29 dicembre 1988.

²⁵ Cfr. *MERUSI F.*, Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti in F. Bassi, F. Merusi (a cura di), *Mercati ed amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, 1993, p. 160, il quale parla ad esempio d'abrogazione de facto del terzo comma dell'art. 41.

ha avuto alcuna disposizione antimonopolistica. Le imprese italiane, quindi, non godevano di una tutela efficace della concorrenza all'interno dei mercati nazionali nonostante l'applicazione della disciplina comunitaria. Infatti, la normativa comunitaria era e continua ad essere applicabile solo ai casi in cui le condotte delle imprese influenzano il mercato comune e gli scambi tra Stati membri. In altre parole la tutela della concorrenza a livello nazionale non era garantita in modo adeguato.

Le disposizioni dell'art. 41 della Costituzione sono rimaste prive di un valore prescrittivo rimanendo, invero, quali principi generali.

Con la Riforma del Titolo V²⁶ nel 2001 viene introdotta nella Costituzione ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lettera e) il primo riferimento in materia di concorrenza e di tutela in cui si ribadisce che rientra nella competenza esclusiva dello Stato. Con tale novella costituzionale si è espresso un indirizzo legislativo (indirizzando l'interpretazione delle precedenti disposizioni di legge in materia) sancendo l'ingresso nel nostro ordinamento di una disciplina concorrenziale.

Parte della dottrina ha interpretato quest'ultimo articolo costituzionale come un principio di valore considerando la norma non solo come un limite alla competenza legislativa delle regioni, ma anche come un fine da perseguire a tutti gli effetti sia per il legislatore regionale che per quello statale. Logico corollario è che la legge - sia a livello regionale che nazionale - deve rispettare questo principio come un limite sostanziale²⁷.

I principi di economia in libera concorrenza e di mercato aperto sono rimasti estranei al nostro ordinamento finché non è stata introdotta una legislazione antimonopolistica nazionale avvenuta, invero, con l'approvazione della legge 10 ottobre 1990, n. 287 "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato". La legge in esame ha introdotto, in termini di interesse pubblico, la tutela e la promozione della concorrenza del mercato istituendo, al contempo, anche istituito l'AGCM

²⁶ La Riforma del Titolo V trova attuazione attraverso la legge costituzionale n. 3 funzionale a garantire l'attuazione dell'articolo 5 della Costituzione italiana. La riforma in esame ha riconosciuto le autonomie locali come entità esistenti prima della formazione della Repubblica italiana e ha comportato una ridefinizione delle competenze normative tra lo Stato, le Regioni e gli Enti locali.

²⁷ PERA A., *Antitrust italiano: gli anni della fondazione: 1990-1994* di ALBERTO PERA, Fonte: *Concorrenza e mercato*, fasc.0, 2011, pag. 707.

(Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato²⁸). Questa legislazione è stata principalmente il risultato di un'azione di lobby europea, in particolare a causa delle ripetute pressioni da parte delle istituzioni dell'UE affinché anche l'Italia adottasse norme a tutela della concorrenza che richiedevano un adeguamento generale agli altri Stati membri²⁹.

Il legislatore nazionale nell'emanazione della normativa antitrust ha adottato quale riferimento principale la legislazione comunitaria già in vigore da diversi anni.

Infatti, la legge n. 287 del 1990 ha recepito i principi fondamentali della disciplina europea, con le necessarie modifiche all'ambito di applicazione nazionale.

In questo contesto la legge n. 287, che il legislatore definisce come attuazione dell'articolo 41 della Costituzione, "implica formalmente un cambio di guardia che incide sulla interpretazione stessa dell'articolo 41"³⁰.

Il radicamento comunitario e non costituzionale del principio di concorrenza, a causa del suo rapporto inter-istituzionale con il principio di concorrenza, non è un'eccezione.

Da una relazione inter-istituzionale, il principio di concorrenza implicava un "limite esterno" all'intervento statale nella regolamentazione settoriale. Infatti, se il principio di concorrenza fosse stato chiaramente definito nella Costituzione, avrebbe massimizzato il suo potere conformativo contro l'intervento dello Stato nell'economia concretando il massimo effetto sull'intervento statale nell'economia. L'approvazione della legislazione nazionale a tutela della concorrenza, l'istituzione dell'autorità amministrativa di tutela e il successivo intervento normativo hanno esteso, in ogni caso, l'attuazione sostanziale del limite suddetto acconsentendo ad un limitato e regolamentato intervento statale nell'economia.

²⁸ L'AGCM, nota anche come Antitrust, è l'organismo indipendente italiano responsabile dell'applicazione e dell'attuazione delle norme antitrust e di tutela della concorrenza nel Paese. L'AGCM è stato istituito con la legge n. 287/1990, nota come Legge Antitrust, ed è stato successivamente rafforzato e regolamentato da altre disposizioni normative. È un'autorità amministrativa indipendente, con autonomia organizzativa, decisionale e finanziaria. Il compito principale dell'AGCM è di garantire una corretta e libera concorrenza nel mercato italiano, prevenendo e contrastando pratiche anticoncorrenziali e abusi di posizione dominante da parte delle imprese.

²⁹ GHEZZI F., OLIVIERI G., *Diritto antitrust*, Giappichelli, 2003, Torino: pp. 20-23.

³⁰ AMATO G., *Il mercato nella costituzione*, in *La costituzione economica: atti del convegno di Ferrara, 1997*, p. 7; cfr. anche AMMANNATI L., *Diritto antitrust, concorrenza e mercati*, Giuffrè, 2000.

La legge antitrust italiana, quindi, si basa sui principi fondamentali del diritto della concorrenza che mirano a promuovere una sana concorrenza, proteggere i consumatori e prevenire pratiche anticoncorrenziali che possano limitare la libera concorrenza sul mercato italiano ed estero.

Oltre alla legge antitrust italiana, anche il diritto comunitario dell'Unione Europea in materia di concorrenza, come il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e il Regolamento europeo n. 1/2003 trovano applicazione in Italia e l'AGCM collabora strettamente con la Commissione.

1.1.4 Differenze tra la disciplina italiana e comunitaria

L'influenza "comunitaria" sulla legislazione italiana è ben nota e ampiamente discussa nella letteratura accademica. Ciò è dovuto alla prevista tendenza alla standardizzazione delle disposizioni normative e alla convergenza nella loro applicazione attraverso la complementarità dell'azione delle autorità nazionali e comunitarie garanti della concorrenza³¹.

Senza pretese di esaustività si analizzano in calce alcuni dei principali aspetti e strumenti della disciplina antitrust italiana rapportandoli a quelli comunitari, ed in particolare:

- Accordi e intese restrittive: la legge antitrust italiana proibisce gli accordi tra imprese che limitano la concorrenza, come cartelli e intese restrittive. L'AGCM può infliggere multe significative alle imprese coinvolte in tali pratiche anticoncorrenziali. gli accordi restrittivi sono regolati dagli articoli 2 e 4 della legge n. 287 del 1990. Le norme suddette stabiliscono i casi in cui gli accordi restrittivi possono essere vietati ed esentati, rispettivamente, e sono sostanzialmente identici alle condizioni stabilite dall'articolo 101 del TFUE³². L'articolo 2 della legge in esame si discosta leggermente dalle

³¹ PERA A., *op. cit.*, pag. 707.

³² L'art. 101 TFUE stabilisce che: "1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in

norme dell'UE in quanto vieta solo le intese restrittive che possono ostacolare o restringere "sostanzialmente" la concorrenza, ma questa limitazione della portata del divieto è solo il risultato di un'evoluzione giurisprudenziale a livello UE, che il legislatore italiano ha recepito³³. Un altro elemento di novità si trova nell'articolo 4 della normativa antitrust, il quale introduce un criterio aggiuntivo riguardante le deroghe al divieto di intese restrittive della concorrenza. In particolare, viene stabilito che l'Autorità antitrust, durante la valutazione dei possibili benefici che un'intesa potrebbe apportare al mercato, deve considerare anche la "necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità a livello internazionale". Questo nuovo aspetto evidenzia l'importanza di considerare l'effetto delle intese restrittive non solo sul mercato nazionale, ma anche sul piano internazionale. L'Autorità antitrust, nel prendere in considerazione i possibili vantaggi di un'intesa, tiene conto della necessità che le imprese mantengano una posizione competitiva anche a livello globale.

- Abuso di posizione dominante: l'articolo 3 della legge in esame vieta il c.d. "abuso di posizione dominante" da parte di uno o più operatori nell'ambito del mercato interno o di una sua parte rilevante" e ricalca la corrispondente disposizione comunitaria in materia contenuta nell'articolo 102 del TFUE. La norma nazionale elenca le stesse fattispecie di comportamento abusivo contenute nell'articolo del TFUE, quindi non sono state apportate modifiche alla normativa sull'abuso di posizione dominante.

- Divieto di operazioni di concentrazione che limitano la libertà di concorrenza: l'articolo 6 prevede il "divieto di operazioni di concentrazione che limitano la libertà di concorrenza" e stabilisce un regime di controllo

particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio 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 nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

³³ *PROSPERETTI L.*, Economia e diritto antitrust: un'introduzione, Carocci, 2006, p. 63.

simile a quello in vigore a livello europeo. Tale regime di controllo è accompagnato da un obbligo di comunicazione preventiva all'AGCM, come previsto dall'articolo 16, e scatta in relazione al superamento di determinate soglie di fatturato. Naturalmente, tali soglie sono inferiori a quelle previste dal Regolamento CE n. 139/2004 e, in pratica, il loro superamento porta l'acquisizione o la fusione sotto il controllo delle autorità comunitarie. L'AGCM svolge un ruolo attivo nell'approvazione delle operazioni di concentrazione, come fusioni, acquisizioni e joint venture, che potrebbero avere un impatto significativo sulla concorrenza nel mercato italiano. L'AGCM valuta se tali operazioni possono ridurre in modo sostanziale la concorrenza e adotta misure correttive, se necessario.

- Criteri d'interpretazione e rinvii: Infine, l'articolo 1 della legge n. 287 del 1990 prevede che le norme contenute nella legge stessa siano interpretate "sulla base dei principi della disciplina comunitaria della concorrenza", fornendo così indicazioni di riferimento per l'AGCM e per i giudici che, in assenza di precedenti e giurisprudenza nazionale, hanno dovuto applicare una disciplina del tutto nuova.

In sintesi, l'Italia ha adottato la sua normativa antitrust nazionale solo agli inizi degli anni Novanta, in ritardo rispetto alla disciplina comunitaria e rispetto ad altri Stati europei. L'adozione è stata motivata dalla pressione dell'Unione Europea e dalla necessità di conformarsi agli standard internazionali in materia di tutela della concorrenza. La legge antitrust italiana si basa sui principi fondamentali del diritto della concorrenza e istituisce l'AGCM come organo di regolamentazione e controllo.

1.2 *La “ratio” della normativa antitrust*

1.2.1 Perimetro applicativo

La normativa antitrust nasce dall'esigenza di promuovere e preservare la concorrenza economica all'interno di un mercato. L'obiettivo è quello di consentire che le imprese operino in modo leale e che non si impegnino in pratiche che possano limitare o distorcere la concorrenza, con l'obiettivo di tutelare gli interessi dei consumatori e promuovere l'efficienza economica.

La normativa antitrust, quindi, persegue i seguenti obiettivi ed effetti:

- Protezione della concorrenza: la normativa cerca di evitare la formazione di monopoli o oligopoli che potrebbero ostacolare la concorrenza sul mercato. Ciò favorisce l'accesso di nuovi concorrenti, incoraggia l'innovazione e stimola la competitività tra le imprese.
- Benefici per i consumatori: La promozione della concorrenza attraverso la normativa antitrust può portare a prezzi più bassi, una maggiore varietà di prodotti e servizi, una migliore qualità e una maggiore scelta per i consumatori. La concorrenza sana incoraggia le imprese a migliorare i loro prodotti e ad offrire condizioni più favorevoli ai consumatori.
- Efficienza economica: La concorrenza incoraggiata dalla normativa antitrust stimola l'efficienza economica, in quanto le imprese sono costrette a cercare modi per ridurre i costi, migliorare la qualità e aumentare l'innovazione per rimanere competitive. Ciò può portare a un'allocazione più efficiente delle risorse e a una maggiore produttività.
- Prevenzione degli abusi di posizione dominante: La normativa antitrust mira a prevenire gli abusi di posizione dominante da parte delle imprese che potrebbero sfruttare la loro posizione di potere per limitare la concorrenza. Questi abusi possono includere pratiche come prezzi predatori,

discriminazioni di prezzo, limitazioni all'accesso dei concorrenti al mercato o ostacoli alla libertà di scelta dei consumatori.

- **Controllo delle concentrazioni:** La normativa antitrust regola le operazioni di concentrazione, come fusioni e acquisizioni, al fine di valutare il loro impatto sulla concorrenza. Ciò aiuta a prevenire l'accumulo eccessivo di potere da parte di alcune imprese che potrebbe danneggiare la concorrenza e i consumatori.
- **Tutela delle piccole imprese:** La normativa può svolgere un ruolo importante nel proteggere le piccole imprese dalla discriminazione o dallo sfruttamento da parte di imprese più grandi. Promuove condizioni di gioco leale sul mercato e contribuisce a mantenere un ambiente competitivo equo per tutte le imprese, indipendentemente dalle loro dimensioni.

La normativa antitrust, quindi, mira a promuovere una concorrenza sana e tutela gli interessi dei consumatori e delle imprese. Incide sul mercato stabilendo regole che le imprese devono rispettare per evitare pratiche anticoncorrenziali. In tal modo, contribuisce a creare un ambiente economico equo, efficiente e vantaggioso per i consumatori, le imprese e l'economia nel suo complesso.

1.2.2 Incidenza sui mercati della normativa antitrust

La regolamentazione antitrust incide inevitabilmente sui mercati e, quindi, i principali Paesi industrializzati necessitano di una legislazione a tutela della concorrenza. Alla luce di questa evidenza ci si interroga in Dottrina sulle ragioni che spingono gli Stati a ricorrere alla tutela della concorrenza e quali siano i presupposti economici su cui si basa la disciplina antitrust.

La principale giustificazione economica della disciplina antitrust è l'idea, comune a molti modelli su cui si basa l'attuale teoria economica, che le pressioni competitive aumentino l'efficienza del mercato e di conseguenza il benessere collettivo. Infatti,

la concorrenza tra le imprese le incoraggia a migliorare le proprie prestazioni, a offrire prodotti e servizi di qualità superiore a prezzi più bassi, ad adottare tecnologie di produzione più efficienti e a perseguire l'innovazione per mantenere ed espandere la propria clientela.

Applicare minor competitività a beneficio di solo alcune o di un gruppo di imprese comporterebbe, infatti, che le stesse presteranno poca attenzione al miglioramento delle proprie prestazioni, poiché si troveranno in una posizione vantaggiosa tale per cui potrebbero mantenere i clienti nonostante prestazioni insoddisfacenti o, quanto meno, non ottimali per il consumatore³⁴.

A livello teorico, l'impatto economico della concentrazione della posizione dominante sul mercato può essere illustrato confrontando i modelli di concorrenza perfetta e di monopolio.

Oltre all'inefficienza allocativa³⁵, il monopolio è caratterizzato anche dall'inefficienza produttiva³⁶. Questo perché non può esercitare una pressione competitiva sulle imprese affinché adottino tecniche di produzione efficienti per minimizzare i costi. Infatti, in concorrenza perfetta, le imprese inefficienti che operano in perdita vengono espulse dal mercato, mentre i monopoli che operano in modo inefficiente possono continuare a operare con profitto.

³⁴ *PROSPERETTI L.*, Economia e diritto antitrust: un'introduzione, *op. cit.*, pag. 66 e ss.

³⁵ In sintesi l'**efficienza allocativa** è un concetto economico che si riferisce alla situazione in cui le risorse disponibili vengono assegnate e utilizzate in modo tale da massimizzare il benessere sociale o il valore complessivo dei beni e dei servizi prodotti. Vi è efficienza allocativa quando le risorse sono allocate tra diversi usi in modo ottimale, in modo da massimizzare la soddisfazione dei bisogni e delle preferenze dei consumatori e produrre una quantità di beni e servizi che massimizzi il benessere collettivo. L'efficienza allocativa è un obiettivo desiderabile dell'economia poiché contribuisce a massimizzare l'utilizzo delle risorse e a creare un'economia più prospera e ben funzionante. Tuttavia, raggiungere l'efficienza allocativa può essere difficile a causa di diversi fattori come fallimenti di mercato, asimmetrie informative e restrizioni legali o istituzionali.

Cfr. *GUENZI M.*, *L'efficienza paretiana nel mercato dell'arte contemporanea*, su "Economia e Diritto", 1 luglio 2014: <http://www.economiaediritto.it/tag/efficienza-allocativa/>

³⁶ In sintesi l'**efficienza produttiva** è un concetto economico che si riferisce alla capacità di un'azienda o di un'organizzazione di produrre il massimo output possibile utilizzando la minima quantità di risorse disponibili. Si verifica quando un'impresa riesce a massimizzare la produzione di beni e servizi con il minimo utilizzo di input, come lavoro, capitale, materiali e tecnologie. Un'impresa è efficiente dal punto di vista produttivo quando riesce a produrre al massimo delle sue capacità usando tutte le risorse in modo ottimale, senza sprechi o inefficienze. Ciò implica che l'azienda sta massimizzando la sua produttività e minimizzando i costi di produzione per unità di output.

Ibidem.

Le inefficienze causate dai monopoli possono essere riscontrate anche in un contesto non necessariamente monopolistico poiché derivano da un'eccessiva concentrazione della posizione dominante sul mercato in poche imprese (che può essere assimilata a un contesto non monopolistico in cui si concentri il potere in una o più imprese che detengono una posizione dominante).

Analizzando i presupposti economici delle discipline antitrust, è possibile dedurre quali siano gli obiettivi principali. Come già sottolineato, la massima efficienza si ottiene in condizioni di concorrenza perfetta, ma questo è solo un modello teorico ed è di difficile realizzazione nella realtà del sistema economico. Le misure antitrust si concentrano, quindi, su obiettivi di *second best*³⁷, in particolare, nella diffusione della posizione dominante sul mercato e nella difesa del meccanismo della concorrenza³⁸.

Da questi obiettivi generali derivano l'attenzione che la disciplina antitrust riserva alle imprese che detengono una posizione dominante, conducono operazioni concentrate o formano cartelli.

Tuttavia, i cartelli, le concentrazioni e gli abusi degli operatori in posizione dominante sono vietati dalla legge antitrust solo quando hanno un effetto significativamente restrittivo sulla concorrenza, ossia quando sono "susceptibili di provocare una deviazione significativa dal percorso naturale dello sviluppo del mercato"³⁹. Lo sviluppo del mercato comporta fasi di alta concentrazione (in

³⁷ Espressione riferita a un teorema dell'economia del benessere applicato alle situazioni in cui non si realizzano tutte le condizioni (almeno una di esse manca) che garantiscono l'ottimo assoluto in senso paretiano. In tali casi la situazione preferibile che può essere raggiunta viene detta s. b. o subottimale.

Nell'economia classica, gli economisti spesso studiano e propongono politiche che mirano a raggiungere l'efficienza di Pareto, ovvero l'allocazione delle risorse in modo tale che non sia possibile migliorare il benessere di un individuo senza peggiorare quello di un altro. Tuttavia, nella realtà, ci possono essere diverse imperfezioni o fallimenti di mercato, come l'asimmetria informativa, i monopoli, i beni pubblici, che impediscono il raggiungimento dell'efficienza di Pareto. In queste situazioni, gli obiettivi di *second best* si concentrano nel trovare soluzioni o politiche alternative che, sebbene non portino alla massima efficienza di Pareto, migliorino comunque la situazione rispetto allo stato attuale. L'obiettivo del *second best* implica accettare compromessi o soluzioni meno ideali per raggiungere risultati migliorati dati i vincoli o le imperfezioni presenti nell'ambiente economico.

[https://www.treccani.it/enciclopedia/second-best_\(Dizionario-di-Economia-e-Finanza\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/second-best_(Dizionario-di-Economia-e-Finanza)/).

³⁸ SCOGNAMIGLIO PASINI C., *op. cit.*, pp. 442-443.

³⁹ GHEZZI F., OLIVIERI G., *op. cit.*, p. 58.

particolare, le fasi di nascita e di maturità) e la fase altamente competitiva. Le autorità antitrust non contrastano questi cambiamenti naturali, ma intervengono solo quando la condotta privata causa una deviazione dal percorso naturale di sviluppo.

1.3 *L'abuso di posizione dominante*

L'articolo 102 del TFUE⁴⁰ vieta, “nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo».

Il legislatore italiano nel precetto contenuto dall'art. 3 della legge n. 287 del 1990 ne rafforza il contenuto, stabilendo che “è vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante [...]».

Un'impresa è in posizione dominante quando può agire in modo significativamente indipendente da concorrenti, fornitori e consumatori. In genere, ciò avviene quando occupa un'ampia quota di un determinato mercato alterandone la concorrenza.

Le dimensioni ed il peso sul mercato dell'impresa non comportano di per sé una distorsione del mercato. Le imprese, infatti, possono lecitamente crescere proprio attraverso un comportamento "virtuoso", offrendo prodotti migliori rispetto ai concorrenti in termini di prezzo e/o qualità e soddisfacendo le esigenze dei consumatori⁴¹.

Indi per cui la legge non vieta il controllo che un'impresa è riuscita a raggiungere lecitamente su un mercato, ma reputa illecite le pratiche che comportano un abuso del mercato⁴².

⁴⁰ Ex art. 82 del trattato CE

⁴¹ <https://www.agcm.it/competenze/tutela-della-concorrenza/intese-e-abusi/#:~:text=Gli%20abusi%20di%20posizione%20dominante,elevate%20in%20un%20determinato%20mercato.>

⁴² Come appunto è precisato ai sensi dell'articolo 3 della legge 287/90.

In termini strutturali, l'illecito dell'abuso di posizione dominante sussiste al presentarsi di tre presupposti⁴³:

- la posizione dominante (individuale o collettiva);
- lo sfruttamento abusivo della stessa;
- l'assenza di giustificazioni obiettive (preminenti sugli effetti restrittivi della concorrenza).

In estrema sintesi può affermarsi il principio per cui non è illegale la circostanza che un'impresa si trovi in posizione dominante (ben potendo la stessa competere sulla base dei propri meriti), ma lo diviene quando tramite tale posizione la stessa può ostacolare una concorrenza competitiva distorcendo il mercato comune.

1.3.1 Possibili definizioni

La definizione di abuso di posizione dominante non è univoca poiché molteplici sono le fattispecie che possono configurarla e, inoltre, non risulta bastevole il precetto normativo fornito dalla disciplina in materia⁴⁴ già indicato.

Tra le più autorevoli definizioni avallate, altresì, dalla Giurisprudenza amministrativa⁴⁵ si qualifica la "posizione dominante" quale "una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva su un determinato mercato e ha la possibilità di tenere comportamenti in linea di massima indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori".

L'abuso di posizione dominante, quindi, si configura quando vi è concomitanza di più fattori che, presi isolatamente, non sarebbero necessariamente decisivi, ma che congiuntamente sono idonei ad alterare la concorrenza effettiva di un determinato mercato.

⁴³ Analizzati successivamente al paragrafo 1.3.1.

⁴⁴ Considerazioni riportate da *D'AMORE C.*, La giurisprudenza amministrativa sulla legge antitrust (secondo semestre 2009 e 2010)" di claudia d'amore - Fonte: Concorrenza e mercato, fasc.0, 2011, pag. 307.

⁴⁵ TAR, sentenza n. 9171 del 22 settembre 2009.

Non esclude il configurarsi dell'abuso di posizione dominante la circostanza che sul mercato sia in qualche modo consentita l'esplicazione (sebbene regolamentata e limitata) del gioco concorrenziale. Infatti, si concreta la fattispecie in esame nel caso in cui un'impresa che detiene una posizione dominante è in grado di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza, e comunque, di comportarsi senza doverne tenere conto e senza che, per questo, simile condotta le arrechi pregiudizio⁴⁶.

Le imprese che detengono una posizione dominante hanno una "speciale responsabilità" tale per cui non possono ridurre o eliminare il grado di concorrenza ancora esistente sul mercato con comportamenti escludenti (quali, ad esempio, le clausole di esclusiva). Alle stesse sono, però, consentiti gli atti di tutela degli interessi commerciali dell'impresa dominante, ma non anche comportamenti che abbiano lo scopo di rafforzare lo status detenuto e/o di farne abuso⁴⁷.

La Giurisprudenza amministrativa⁴⁸ di primo grado ha precisato che sebbene l'elencazione fornita dai referenti normativi in materia di abuso di posizione dominante (*id est*: art. 3 L. 287/90 e art. 102 TFUE) non è esaustiva, la giurisprudenza comunitaria e nazionale hanno indicato delle linee guida di intervento sui precetti normativi fissati.

La Magistratura comunitaria e nazionale si muovono prevalentemente all'interno di condotte qualificabili alla stregua di imposizione di prezzi non equi, limitazione degli sbocchi, della produzione e dello sviluppo tecnico a danno dei consumatori, discriminazione e *tying*⁴⁹.

Il Giudice nazionale, inoltre, (riprendendo consolidati orientamenti comunitari) afferma che l'abuso di posizione dominante si verifica quando “su un piano

⁴⁶ TAR, sentenze nn. 9171 e 9174 del 22 settembre 2009, rispettivamente *SEA - Tariffe Aeroportuali e Aeroporti di Roma - Tariffe Aeroportuali* e n. 25434 del 14 luglio 2010, *La nuova meccanica navale/Cantieri del Mediterraneo*.

⁴⁷ Consiglio di Stato, sentenza n. 9306 del 20 dicembre 2010, *Eni-TTPC*.

⁴⁸ Nelle sopra citate sentenze nn. 9171 e 9174.

⁴⁹ Il *Tying* consiste in un acquisto collegato di due prodotti: un prodotto principale (eg: una stampante) e un prodotto secondario il cui acquisto è determinato dall'uso del prodotto principale (eg: la cartuccia).

obiettivo vi è una condotta illecita, non rilevando l'intento, e la relativa prova, di ledere il concorrente⁵⁰.

In buona sostanza è irrilevante il mero intento di escludere il concorrente dal mercato se attuato con legittimi comportamenti e strategie economiche. Fuori dalle ipotesi appena esposte è obiettivamente illecita la condotta escludente da parte dell'impresa in posizione dominante e deve essere qualificata come abuso di posizione dominante.

Inoltre, ai fini probatori, si ritiene applicabile anche agli abusi di posizione dominante, e non soltanto alle intese restrittive, il principio secondo il quale è sufficiente e necessaria la delineazione di indizi gravi, precisi e concordanti circa l'adozione di condotte abusive comportanti l'esclusione dal mercato poiché risulta raro acquisire una prova piena⁵¹.

1.3.2 Il mercato rilevante e valutazioni del medesimo

L'individuazione del mercato rilevante è un elemento cruciale nelle analisi di diritto della concorrenza e viene affrontata in diverse tipologie di casi, come le operazioni di concentrazione, gli abusi di posizione dominante e le intese restrittive della concorrenza.

Nelle operazioni di concentrazione, l'individuazione del mercato rilevante è finalizzata a valutare e ad accertare se l'impresa oggetto dell'indagine possiede una posizione dominante sul mercato. Questo processo dipende strettamente dalla struttura dell'impresa in analisi e da come agisce nel mercato (del prodotto e geografico) rispetto ai concorrenti.

Nei casi di abuso di posizione dominante, la delimitazione del mercato rilevante è un elemento fondamentale per valutare il comportamento anticoncorrenziale⁵².

⁵⁰ TAR, Sentenza n. 25434 del 14 luglio 2010, *La nuova meccanica navale/ Cantieri del Mediterraneo*.

⁵¹ Richiedere una prova piena per una condotta abusiva renderebbe vana la pratica delle finalità perseguite dalla normativa antitrust imponendo un atteggiamento troppo rigoroso nella valutazione delle fattispecie.

⁵² *Ex multis* CdS, sentenza n. 5864 del 29 settembre 2009, *Mercato del calcestruzzo*, TAR, sentenze nn. 12319 del 2 dicembre 2009, *Listino prezzi della pasta* e nn. 13131 e 13134 del 18 dicembre 2009 *Costa Container Lines/ Sintermar - Terminal Darsena Toscana*.

La definizione del mercato rilevante è basata essenzialmente sulla combinazione del mercato del prodotto e del mercato geografico⁵³.

Il mercato del prodotto “comprende tutti i prodotti e/o servizi considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore in base alle loro caratteristiche, ai prezzi e all'uso cui sono destinati”.

Per determinare la fungibilità dei prodotti sul mercato del prodotto, si considera sia la percezione di fungibilità da parte del consumatore, sia la sostituibilità dell'offerta, tenendo conto di tutte le imprese operanti nel settore e di quelle che potrebbero entrarvi in modo economicamente vantaggioso⁵⁴.

Il mercato geografico, invece, si riferisce “all'area in cui le imprese forniscono e acquistano prodotti e servizi, caratterizzata da condizioni di concorrenza sufficientemente omogenee, distinguibile dalle zone geografiche contigue in cui le condizioni di concorrenza sono significativamente diverse”⁵⁵.

L'estensione del mercato geografico viene determinata inizialmente sulla base delle quote di mercato delle parti coinvolte e dei loro concorrenti, nonché da un'analisi preliminare dei prezzi e delle differenze di prezzo a livello nazionale o comunitario. Successivamente, si analizzano le caratteristiche della domanda⁵⁶ al fine di determinare se le imprese in aree diverse rappresentano effettivamente una fonte alternativa di approvvigionamento per i consumatori⁵⁷.

La giurisprudenza amministrativa nazionale ha affermato che è possibile considerare anche una porzione limitata del territorio come mercato geograficamente rilevante nel caso in cui esiste un'area in cui si verifica l'incontro tra domanda e offerta di un determinato prodotto in modo autonomo rispetto ad

⁵³ Come si evince dalla citata sentenza n. 5864 del 29 settembre 2009, *Mercato del calcestruzzo*.

⁵⁴ Come si evince nelle sentenze nn. 9171 e 9174 del 22 settembre 2009, rispettivamente *SEA – Tariffe Aeroportuali e Aeroporti di Roma - Tariffe Aeroportuali*, il TAR, richiamando la giurisprudenza comunitaria in materia: il mercato rilevante del prodotto viene individuato verificando la fungibilità dei prodotti sia dal lato della domanda, sia dal lato dell'offerta.

⁵⁵ Richiamando la Comunicazione della Commissione Europea del 9 dicembre 1997 sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza.

⁵⁶ Come, ad esempio, le preferenze nazionali o locali, le abitudini d'acquisto dei consumatori e la presenza di marchi differenziati.

⁵⁷ Definizione del mercato rilevante rinveniente dalla Commissione Europea sentenze nn. 13131 e 13134 del 18 dicembre 2009, *Costa Container Lines/ Sintermar - Terminal Darsena Toscana* e n. 25434 del 14 luglio 2010, *La nuova meccanica*.

altre zone contigue. Questo può avvenire quando particolari condizioni concorrenziali legittimano la configurazione di un mercato locale ben definito.

È importante sottolineare che l'Autorità competente non è libera di definire arbitrariamente la nozione di rilevanza del mercato, ma deve considerare l'esistenza di un pregiudizio significativo per i consumatori dei beni o dei servizi. Pertanto, il mercato geografico rilevante non deve essere definito solo in base alle caratteristiche dell'offerta, ma anche in base alle caratteristiche della domanda⁵⁸.

In sintesi, l'individuazione del mercato rilevante è un processo complesso e di non semplice qualificazione che coinvolge la definizione del mercato del prodotto e del mercato geografico, al fine di valutare la posizione dominante di un'impresa, gli abusi di posizione dominante e le intese restrittive della concorrenza. Questa analisi considera la fungibilità dei prodotti, le condizioni di concorrenza omogenee e la presenza di un pregiudizio per i consumatori.

1.3.3 Fattispecie comportanti abuso

Nella prassi si riscontrano molteplici fattispecie idonee a incidere sulla libera concorrenza delle imprese.

Gli abusi di posizione dominante tipicamente disciplinati ai sensi degli artt. 102 del TFUE e 3 della legge n. 287 del 1990 non costituiscono un elenco chiuso e la Giurisprudenza (sia nazionale che comunitaria) nonché l'Autorità competente ritengono come abusive una serie di pratiche non tipizzate a seconda di determinate valutazioni nel caso concreto.

È opportuno specificare che il manifestarsi di tali pratiche “abusive” non è indice esatto di manifestazione di una posizione dominante illecita, ma occorre analizzare il mercato rilevante nonché il contesto in cui l'impresa (o le imprese) agiscono per avere contezza di ciò.

⁵⁸ *Ex multis* TAR, sentenze nn. 12319 e altre del 2 dicembre 2009, *Listino prezzi della pasta* e nn. 9171 e n. 9174 del 22 settembre 2009, rispettivamente *SEA - Tariffe Aeroportuali* e *Aeroporti di Roma - Tariffe Aeroportuali*.

La Letteratura distingue due categorie principali di comportamenti abusivi, basate sugli specifici effetti anticoncorrenziali che si verificano: gli **abusi di sfruttamento** e gli **abusi di esclusione**.

Oltre alla tradizionale distinzione tra abusi esclusivi e abusi di sfruttamento, sono state sviluppate altre categorie, come gli abusi derivanti da politiche di prezzo e non⁵⁹.

Senza pretese di esaustività si riportano nei seguenti paragrafi alcuni delle principali fattispecie comportanti abuso della disciplina antitrust⁶⁰ che talvolta trovano riscontro in precisi precetti normativi, ma spesso interessano la giurisprudenza in materia chiamata a decidere su fattispecie non regolamentate.

1.3.4 Gli abusi di sfruttamento

Gli "abusi da sfruttamento" si verificano nelle relazioni verticali degli operatori nei mercati a monte e a valle, cioè rispettivamente con i fornitori e i clienti. Attraverso tali pratiche, gli operatori dominanti utilizzano il loro potere di mercato per massimizzare i profitti a scapito di fornitori e clienti, applicando prezzi eccessivi o termini e condizioni inique o discriminatorie con i contraenti.

In estrema sintesi si riportano in calce alcuni esempi di abusi da sfruttamento:

⁵⁹ Detti abusi non" fanno riferimento a pratiche anticoncorrenziali poste in atto da un'impresa dominante o da un gruppo di imprese al fine di influenzare il mercato e danneggiare i concorrenti attraverso l'utilizzo di politiche di prezzo o altre strategie, diverse da quelle riguardanti il prezzo. Queste pratiche possono assumere diverse forme e possono riguardare sia il settore dei prezzi che altri aspetti delle attività commerciali. Alcuni esempi includono:

- Discriminazione dei prezzi: L'impresa dominante può praticare prezzi differenti per clienti simili, favorendo alcuni clienti rispetto ad altri senza una giustificazione economica valida. Questo può rendere difficile per i concorrenti ottenere clienti o mantenere prezzi competitivi.

-Sconti di quantità o fedeltà selettivi: L'impresa dominante può offrire sconti o vantaggi speciali solo a determinati clienti o gruppi di clienti, in modo da escludere i concorrenti dal mercato.

-Abusi basati su condizioni di vendita: L'impresa dominante può imporre condizioni di vendita o contrattuali ingiuste o discriminatorie ai propri clienti o fornitori, con l'obiettivo di ostacolare la concorrenza.

-Pratiche escludenti o ostacolanti: L'impresa dominante può utilizzare strategie non legate ai prezzi, come limitazioni di approvvigionamento o di accesso alle infrastrutture essenziali, per impedire ai concorrenti di operare efficacemente sul mercato.

È importante sottolineare che gli abusi derivanti da "politiche di prezzo e non" possono variare notevolmente a seconda del settore e delle circostanze specifiche. In ogni caso, queste pratiche sono considerate anticoncorrenziali e possono essere oggetto di interventi da parte delle Autorità antitrust per ripristinare la concorrenza e tutelare gli interessi dei consumatori.

⁶⁰ L'analisi delle fattispecie abusive di cui infra vede quale fonte *C. D'AMORE, op. cit., pag. 307.*

- **Prezzi eccessivi:** L'impresa dominante pratica prezzi ingiustificatamente alti per i suoi prodotti o servizi, sfruttando la mancanza di alternative significative nel mercato e limitando la scelta dei consumatori. Questa pratica anticoncorrenziale può danneggiare i consumatori e ridurre la concorrenza nel settore, violando le leggi antitrust che mirano a promuovere un mercato equo e competitivo⁶¹.

La fattispecie in esame è stato oggetto di alcune pronunce giurisprudenziali, ed in particolare nelle sentenze n. 4013 e 4016 del 24 giugno 2010, rispettivamente su Aeroporti di Roma - Tariffe aeroportuali e SEA - Tariffe aeroportuali. Nella decisione della controversia il Consiglio di Stato si allinea all'interpretazione dell'AGCM in ordine all'applicazione di prezzi sproporzionati/eccessivi su diversi mercati interessati da due distinti e diversi gestori aeroportuali. Le due società aeroportuali coinvolte nel giudizio avevano applicato prezzi eccessivi in mercati diversi. La Corte di Giustizia dell'UE pur confermando che, in termini generali e astratti, i prezzi eccessivi non costituiscono di per sé un abuso di posizione dominante ha ritenuto che i prezzi eccessivi costituiscono un importante indizio indiziario di abuso di posizione dominante ai fini di un'indagine antitrust. Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia CE si può ricavare il principio secondo il quale l'abuso di posizione dominante è accertato se l'operatore dominante richiede un corrispettivo chiaramente sproporzionato rispetto al valore economico dei servizi forniti. Ciò implica un'analisi del costo dei beni o dei servizi forniti per rilevare la sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale⁶².

- **Condizioni contrattuali ingiustificate e irragionevoli:** Le condizioni contrattuali ingiustificate e irragionevoli si riferiscono a clausole o

⁶¹ L'articolo 102 del TFUE identifica come condotta abusiva l'imposizione diretta o indiretta di prezzi di acquisto, di vendita o di altre condizioni irragionevoli da parte di un'impresa dominante. Anche l'articolo 3 della legge n. 287 del 1990 elenca tali comportamenti tra le condotte abusive che sono "ingiustificatamente irragionevoli". L'unica differenza con le disposizioni comunitarie è il riferimento al divieto di prezzi e condizioni "ingiustificatamente gravose".

⁶² A parere del Collegio, nei casi in esame, l'AGCM non aveva desunto l'abuso di posizione dominante dai soli prezzi applicati, ma aveva ricostruito il mercato rilevante, la posizione del gestore, i prezzi praticati, e combinato e valutato gli elementi nel loro complesso per ricostruire l'abuso anticoncorrenziale.

disposizioni presenti in un contratto che risultano svantaggiose, eccessivamente onerose o non bilanciate per una delle parti coinvolte. Queste condizioni possono essere considerate "ingiustificate" poiché creano un disequilibrio significativo tra i diritti e gli obblighi delle parti, favorendo esclusivamente una delle parti a scapito dell'altra. Allo stesso tempo, sono definite "irragionevoli" perché non si basano su criteri di equità o proporzionalità, ma piuttosto sembrano eccessive o sproporzionate rispetto alla natura del contratto o al servizio fornito⁶³.

- **Discriminazione nei confronti dei concorrenti:** L'impresa dominante può trattare in modo discriminatorio i concorrenti, ad esempio negando loro l'accesso a servizi essenziali o applicando condizioni più gravose rispetto a quelle riservate ai propri prodotti o servizi.
- **Rifiuto di fornire:** L'impresa dominante può rifiutarsi di vendere o fornire beni o servizi essenziali ai concorrenti o ai clienti, impedendo loro di operare o di competere sul mercato.
- **Limitazione della produzione o dell'offerta:** Consiste in quella pratica anticoncorrenziale in cui l'impresa dominante può limitare in modo ingiustificato la produzione o l'offerta di beni o servizi essenziali, creando scarsezze artificiali nel mercato per trarne vantaggio.

Queste pratiche di abuso da sfruttamento possono danneggiare la libera concorrenza, ridurre le opzioni disponibili per i consumatori e ostacolare l'ingresso di nuovi concorrenti nel mercato. In virtù di quanto esposto dette pratiche sono considerate anticoncorrenziali e possono essere oggetto di intervento da parte delle autorità antitrust per proteggere la concorrenza e gli interessi dei consumatori.

⁶³ Nella decisione n. 1027 del 27 gennaio 2010 (ANACI contro Acquedotto pugliese), il TAR ha ritenuto che non configurava un abuso di posizione dominante nel mercato della fornitura di acqua potabile l'apposizione di una clausola contrattuale (contenuta nel regolamento del servizio idrico integrato) da parte dell'unico gestore del servizio idrico integrato (in questo caso, la Puglia) che sanciva la sospensione delle fatture (nello specifico, due fatture) per inadempimento degli obblighi finanziari in relazione al pagamento dei canoni. Il Tribunale ha escluso l'esistenza di abuso tenuto anche conto della possibilità per gli amministratori condominiali di attivare il procedimento monitorio per il pagamento degli oneri gravanti sui condomini e del congruo periodo di preavviso previsto contrattualmente, nonché della possibilità di rateazione del pagamento.

1.3.5 Gli abusi escludenti

L'”abuso escludente”, invece, ha un effetto anticoncorrenziale sulle relazioni orizzontali tra le imprese coinvolte ossia tra concorrenti effettivi e potenziali. Le pratiche di esclusione sono quelle utilizzate dagli operatori dominanti per ostacolare i concorrenti e rafforzare ulteriormente la propria posizione e possono comprendere, ad esempio, limiti di produzione irragionevoli o strategie di prezzo.

Nella prassi applicativa, le Autorità hanno riscontrato maggiori difficoltà nell'accertare casi di abuso di sfruttamento poiché la distinzione tra condotta commerciale legittima e pratiche abusive è più complessa. Di conseguenza, il numero di casi rilevanti è leggermente diminuito, mentre le decisioni delle Autorità su casi di abuso escludente sono diventate più comuni.

Questo tipo di abuso mira a rafforzare ulteriormente la posizione dell'impresa dominante e a limitare la possibilità di altre imprese di competere in modo effettivo.

Per fornire uno strumento interpretativo più consono per qualificare le fattispecie e per la corretta applicazione della norma relativamente alle ipotesi di abuso in esame la Commissione ha emanato una Circolare speciale "Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo di esclusione da parte di imprese dominanti". Tuttavia, è opportuno specificare che il confine tra le due categorie di abusi non è chiaro poiché in molti casi i comportamenti abusivi possono rientrare in entrambe le categorie.

L'abuso escludente può assumere diverse forme e può coinvolgere diverse strategie messe in atto dall'impresa dominante per mettere in difficoltà i suoi concorrenti o precludere loro l'accesso alle risorse o alle opportunità di mercato. Di seguito vengono analizzati in sintesi i principali casi di abuso, ma non si tratta di un elenco esaustivo delle casistiche riscontrate nella prassi applicativa.

- **Limiti di produzione irragionevoli:** Un'impresa dominante può limitare deliberatamente la produzione di beni o servizi essenziali in quantità inferiori alla domanda del mercato, impedendo così ai concorrenti di accedere a tali beni o servizi.

- **Condizioni esclusive o discriminatorie:** L'impresa dominante può stipulare accordi contrattuali con clienti o fornitori che includono clausole esclusive o discriminatorie, impedendo loro di fare affari con i concorrenti. Questa pratica è analizzata analiticamente nei successivi paragrafi in materia di clausole di esclusiva.
- **Prezzi predatori:** L'impresa dominante può praticare prezzi molto bassi temporaneamente, anche a perdita, per scoraggiare i concorrenti più piccoli e meno finanziariamente solidi dal rimanere nel mercato comportando, quindi, un'alterazione e un illecito nocimento alla libera concorrenza⁶⁴.
- **Pratiche di leveraged (*leverage*) o *tying*:** L'impresa dominante può collegare o vincolare l'acquisto di un prodotto o servizio al possesso o all'acquisto di un altro prodotto o servizio, costringendo i clienti ad accettare pacchetti indesiderati e scoraggiando i concorrenti specializzati in un solo prodotto.
- **Rifiuto di accesso alle risorse essenziali:** L'impresa dominante può negare l'accesso a risorse, infrastrutture o tecnologie essenziali per permettere ai concorrenti di competere sul mercato.

Le pratiche di abuso escludente sono considerate anticoncorrenziali perché minano la possibilità di concorrenza effettiva e impediscono ad altre imprese di competere sul mercato, riducendo così le scelte disponibili per i consumatori e compromettendo il corretto funzionamento del mercato stesso.

1.3.6 Clausole di esclusiva e pratiche scontistiche

Gli accordi di esclusiva nonché le **clausole di esclusiva**⁶⁵ configurano, in determinate condizioni comportanti illecita alterazione della libera concorrenza, un abuso di posizione dominante. Le clausole di esclusiva, invero, comportano un chiaro effetto esclusivo tale per cui l'operatore dominante vincola l'acquirente a

⁶⁴ *PROSPERETTI L., op. cit.*, pp. 258-260.

⁶⁵ Entrambe le ipotesi non sono state normate né dall'art. 102 TFUE né dalle disposizioni nazionali, ma sono state spesso analizzate dalla Giurisprudenza nazionale e comunitaria poiché, talvolta, comportano un abuso di posizione dominante.

procurarsi in modo esclusivo o in gran parte l'intero fabbisogno da parte dell'operatore. In tal guisa si impedisce ai concorrenti di entrare o espandersi nel mercato.

I rapporti di esclusiva possono portare a una preclusione anticoncorrenziale, in particolare possono “determinare una preclusione anticoncorrenziale quando, in mancanza di detti obblighi, viene esercitata una considerevole pressione concorrenziale da parte dei concorrenti che non erano ancora presenti nel mercato al momento della conclusione dei relativi accordi o che non sono in grado di competere per soddisfare interamente il fabbisogno dei clienti”⁶⁶.

L'effetto preclusivo degli accordi di esclusiva muta in dipendenza di fattori temporali. L'abuso, infatti, è più evidente negli accordi di lunga durata, ma nulla esclude che un accordo di esclusiva di breve durata possa comportare effetti anticoncorrenziali.

Per costituire un abuso, non è necessario che l'esclusiva sia stabilita esplicitamente, ma può essere sufficiente anche la cosiddetta "esclusiva di fatto". Questa si verifica quando il rapporto contrattuale tra l'operatore dominante e l'acquirente contiene disposizioni che rendono particolarmente sconveniente o impossibile per l'acquirente ottenere forniture da altri operatori.

Una particolare controversia avente ad oggetto un accordo di esclusiva sanzionato come abusivo si rinviene nel *leading case* è il caso *Van den Berg Foods*⁶⁷. Nel giudizio l'operatore dominante ha vincolato indirettamente un rivenditore indipendente ad acquistare gelati solo da lui applicando una clausola di uso esclusivo di armadietti congelatori forniti in prestito. La Corte ha osservato che "in un normale mercato concorrenziale, tali accordi sono conclusi a vantaggio di entrambe le parti e non possono in linea di principio essere vietati". Tuttavia, tali considerazioni non possono essere accettate senza riserve nel caso di mercati in cui la concorrenza è già limitata.

⁶⁶ Comunicazione della Commissione – Orientamenti sulle restrizioni verticali, in GUUE C 130, 19 maggio 2010, p.to 132.

⁶⁷ Sentenza del Tribunale del 23 ottobre 2003, causa T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd*, in Racc., 2003, II-4653, p. ti 159-160.

Rientrano nel *genus* delle clausole/accordi di esclusiva anche altre pratiche che possono configurare un abuso di posizione dominante ove illecitamente esercitate. In particolare i cosiddetti "sconti fedeltà" ed in generale le cd. **pratiche scontistiche** possono costituire un abuso di posizione dominante nella misura in cui comportano l'effetto esclusivo di indurre gli acquirenti a non acquistare dai concorrenti dell'impresa. I principali tipi di sconti praticati dagli operatori in posizione dominante, che sono generalmente considerati come incentivi alla fedeltà, sono:

- sconti che obbligano il cliente a soddisfare tutte le richieste dell'operatore;
- sconti legati all'acquisto di altri prodotti dello stesso operatore;
- sconti legati alla quantità già acquistata dopo una certa quantità di base e applicati retroattivamente;
- sconti legati alla quantità già acquistata dopo una certa quantità di base, ma concessi sulla base di un aumento della domanda da parte dei clienti⁶⁸.

Non solo gli accordi di esclusiva, ma anche la sola apposizione di **clausole di esclusiva** in un determinato contratto possono comportare l'abuso di posizione determinate. Le clausole di esclusiva sono disposizioni contrattuali che conferiscono a una delle parti il diritto o l'obbligo di non intrattenere relazioni commerciali con terze parti o di non acquisire beni o servizi da terzi. Queste clausole possono essere incluse in contratti di distribuzione, contratti di fornitura o accordi di licenza, tra altri.

Le clausole di esclusiva possono essere utilizzate per diversi motivi, come proteggere l'investimento di una parte, garantire un mercato esclusivo per un determinato prodotto o limitare la concorrenza nel settore. Tuttavia, è importante notare che le clausole di esclusiva potrebbero sollevare questioni di diritto della concorrenza e potrebbero essere soggette a valutazioni legali e regolamentari specifiche.

⁶⁸ PROSPERETTI L., *cit. Economia e diritto antitrust: un'introduzione*, pp. 269-273.

Fattispecie peculiare in materia (analizzata in sintesi in questa sede essendo dedicato il Capitolo II all'analitica trattazione dell'argomento) si rinviene nel caso *Unilever Italia Mkt. Operations*⁶⁹.

Oggetto del contenzioso è l'abuso di posizione dominante in ordine alle clausole di esclusiva contenute nei contratti di distribuzione tali da produrre effetti preclusivi della concorrenza. Dall'analisi della controversia emerge che può configurarsi un abuso di posizione dominante anche quando un'impresa non sia la diretta responsabile dell'abuso, ma agisca "indirettamente" attraverso la **concessione in vendita** di determinati prodotti. La "concessione in vendita" in materia antitrust si riferisce a una pratica commerciale in cui un'impresa (detta "concedente") concede a un'altra impresa (detta "cessionario") il diritto di vendere i suoi prodotti o servizi in determinate aree geografiche o canali di distribuzione specifici. Questa pratica può essere legittima e benefica per entrambe le parti coinvolte, poiché il concedente può ampliare la copertura geografica o raggiungere nuovi segmenti di mercato senza dover investire direttamente nella creazione di nuovi punti vendita o canali di distribuzione, mentre il concessionario può ottenere l'opportunità di vendere prodotti o servizi di un marchio riconosciuto senza dover sviluppare un'intera linea di prodotti o servizi da zero.

Tuttavia, la concessione in vendita può diventare problematica e concretare un abuso se le imprese coinvolte utilizzano questa pratica per ridurre la concorrenza sul mercato o per limitare l'accesso di altri concorrenti. Ad esempio, se il concedente impone restrizioni esclusive al concessionario impedendogli di vendere prodotti o servizi di altri concorrenti, ciò può ridurre la concorrenza e violare le leggi antitrust. Le autorità antitrust, quindi, sono chiamate a monitorare attentamente le pratiche di concessione in vendita per garantire che non si verifichino abusi o restrizioni anticoncorrenziali. È importante che le imprese coinvolte rispettino le leggi antitrust e le norme sulla concorrenza per mantenere un mercato sano, competitivo e vantaggioso per i consumatori.

⁶⁹ *Sentenza della Corte nella causa C-680/20 | Unilever Italia Mkt. Operations.*

L'abuso contestato alla "Unilever" risultava da comportamenti materialmente messi in atto non da questa società, ma da distributori indipendenti dei suoi prodotti, che avevano imposto clausole di esclusiva ai gestori di detti punti vendita.

È, infine, opportuno precisare che gli accordi e le clausole di esclusiva rientrano – ove ritenuti illeciti e abusivi – tra gli abusi escludenti. Le fattispecie in esame, però, non sono per loro natura illecite, ma occorre un'attenta vigilanza da parte dell'Autorità al fine di valutare, in relazione ad ogni singolo caso, se l'apposizione di dette clausole/accordi possa comportare un abuso che crea nocimento alla libera concorrenza.

CAPITOLO II

IL CASO “UNILEVER ITALIA MKT. OPERATIONS S.R.L.” E L’ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

2.1 Oggetto della controversia e sviluppi giurisprudenziali

2.1.1 Contenzioso

Il presente capitolo ha lo scopo di analizzare analiticamente il contenzioso giudiziario tra AGCM e la società Unilever Italia Mkt. Operations S.r.L. soffermandosi sui risvolti della disciplina antitrust e, in particolare, sulle clausole di esclusiva e le pratiche scontistiche.

La controversia ha origine da una decisione dell'Autorità italiana Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) del 31 ottobre 2017 riguardante la società "Unilever" e il suo abuso di posizione dominante nel mercato italiano dei gelati venduti in confezioni individuali da consumare "all'esterno" (*id est*: fuori casa) presso vari punti di vendita. L'abuso contestato alla Unilever non era stato attuato direttamente dalla società stessa, ma da distributori indipendenti dei suoi prodotti. Invero, i distributori avevano imposto clausole di esclusiva ai gestori dei punti vendita, limitando in tal guisa la possibilità per altri operatori di competere sul mercato dei gelati di fatto escludendoli e alterando la libera concorrenza.

L'AGCM ha ritenuto che tali pratiche di esclusiva abbiano eliminato o almeno limitato la possibilità per gli operatori concorrenti di competere in modo equo e basato sui meriti dei propri prodotti. L'Autorità competente, inoltre, nella motivazione della decisione ha precisato di non ritenersi obbligata a esaminare gli studi economici prodotti da Unilever al fine di dimostrare che le pratiche oggetto di controversia non avevano effetti preclusivi nei confronti dei suoi concorrenti altrettanto efficienti. Questa decisione è stata giustificata sulla base del fatto che tali studi sono stati considerati del tutto irrilevanti in presenza di clausole di esclusiva. L'uso di tali clausole da parte di un'impresa detentrica di una posizione dominante, infatti, sarebbe già sufficiente a configurare un abuso di tale posizione a prescindere dall'impatto sul mercato delle medesime. In virtù di ciò l'Autorità ha basato la sua

valutazione sull'esistenza di clausole di esclusiva stesse, senza dover approfondire ulteriormente l'impatto effettivo sul mercato. In altre parole, non è stato necessario dimostrare che le clausole di esclusiva hanno effettivamente danneggiato o limitato i concorrenti altrettanto efficienti. Questa scelta è in linea con l'obiettivo di promuovere una concorrenza leale e di proteggere i diritti dei consumatori, assicurando che le imprese in posizione dominante non abusino del loro potere per pregiudicare gli interessi degli operatori concorrenti e dei consumatori stessi.

La società Unilever aveva tentato di difendersi sostenendo che le clausole di esclusiva non avevano avuto, in concreto, effetti restrittivi sulla concorrenza, ma l'AGCM ha contestato tali argomentazioni⁷⁰.

Alla luce di quanto esposto, configurandosi una violazione dell'art. 102 TFUE, l'AGCM ha inflitto alla Unilever un'ammenda pari a euro 60.668.580,00 per aver abusato della sua posizione dominante contestata dalla società.

In un primo momento il contenzioso si è sviluppato in ambito nazionale passando dal primo grado di giudizio⁷¹ presso il TAR fino ad adire il Consiglio di Stato. Quest'ultimo, con ordinanza emessa in data 2020⁷², ha rinviato alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, la definizione di diverse questioni pregiudiziali relative all'interpretazione e all'applicazione del diritto dell'Unione europea in materia di concorrenza con riguardo alla decisione dell'AGCM in esame⁷³.

La Corte di giustizia dell'Unione europea con sentenza del 19 gennaio 2023⁷⁴ ha fornito importanti precisazioni riguardo all'applicazione del divieto di abuso di

⁷⁰ Il tutto è analiticamente descritto nei paragrafi successivi.

⁷¹ Sentenza del TAR per il Lazio – Sezione I – RG. 6516, N. 6080 del 2018 in cui il ricorso proposto dalla Unilever avverso la decisione dell'AGCM è stato respinto integralmente dal giudice di primo grado.

⁷² Seguono nei paragrafi successivi analisi e considerazioni in ordine alle decisioni dei Giudici nazionali in materia.

⁷³ In estrema sintesi il rinvio pregiudiziale consente ai giudici degli Stati membri, nell'ambito di una controversia della quale sono investiti, di interpellare la Corte di Giustizia UE in merito all'interpretazione del diritto dell'Unione o alla validità di un atto dell'Unione. La Corte non risolve la controversia nazionale. Spetta al giudice nazionale risolvere la causa conformemente alla decisione della Corte. Tale decisione vincola egualmente gli altri giudici nazionali ai quali venga sottoposto un problema simile.

⁷⁴ Corte di giustizia dell'Unione Europea Quinta Sezione Sentenza 19 gennaio 2023, da <https://www.eius.it/giurisprudenza/2023/013>.

posizione dominante stabilito dall'articolo 102 TFUE. In particolare, la Corte si è focalizzata su casi in cui un'impresa dominante gestisce la sua rete di distribuzione esclusivamente attraverso contratti con distributori indipendenti. La sentenza ha anche chiarito che l'onere della prova nel contesto in esame cede a carico dell'autorità nazionale competente in materia di concorrenza. Con queste precisazioni, la Corte ha fornito orientamenti chiari e dettagliati su come affrontare le questioni relative all'abuso di posizione dominante in contesti di distribuzione organizzati su una base contrattuale. Tali orientamenti saranno di fondamentale importanza per le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri nell'interpretare e applicare le disposizioni dell'articolo 102 TFUE in tali situazioni specifiche. Questa pronuncia, inoltre, rappresenta un passo significativo nella definizione delle regole che disciplinano il comportamento delle imprese dominanti nel mercato europeo e contribuirà a garantire una maggiore tutela della concorrenza e dei consumatori.

2.1.2 Le contestazioni dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato

Per meglio comprendere le contestazioni mosse dall'AGCM avverso la società Unilever occorre specificare, in estrema sintesi, i fatti principali afferenti al *leading case*.

La società Unilever⁷⁵ ha impugnato il provvedimento n. 26822 del 31 ottobre 2017, con cui l'AGCM ha contestato alla stessa di avere posto in essere un abuso di posizione dominante, contrario all'art. 102 del TFUE. In buona sostanza quest'ultimo articolo vieta lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante che possa pregiudicare il commercio all'interno dell'UE e impedire o restringere la concorrenza⁷⁶.

⁷⁵ Società esercente attività di sviluppo e commercializzazione di prodotti di largo consumo con marchi di grande notorietà. Nello specifico nel settore dei gelati s'interfaccia con i marchi "Algida" e "Carte d'Or". In Italia, la Unilever distribuisce gelati in confezioni individuali destinate ad essere consumate «all'esterno», vale a dire al di fuori del domicilio dei consumatori (in bar, caffè, club sportivi, piscine o altri luoghi di svago) mediante una rete di 150 distributori.

⁷⁶ Il Regolamento Antitrust n. 1/2003 del Consiglio dell'Unione Europea disciplina l'attuazione delle norme antitrust nell'Unione Europea e stabilisce il sistema di cooperazione tra la Commissione europea e le autorità nazionali garanti della concorrenza degli Stati membri. In base a questo regolamento, le autorità nazionali garanti della concorrenza dei singoli paesi dell'Unione Europea

Il contestato abuso, in particolare, si manifestava nell'adozione di una strategia escludente che coinvolgeva l'uso massiccio di clausole di esclusiva merceologica e altre condizioni contrattuali mirate a mantenere a lungo termine l'esclusiva delle forniture per la propria clientela e a ostacolare la concorrenza basata sui meriti nel mercato della distribuzione e commercializzazione di gelati confezionati ai rivenditori attivi nel canale out-of-home (escluso il canale Hotellerie-Restaurant-Cafè).

La controversia trae origine con un esposto presentato dalla società "La Bomba s.n.c.", produttrice di ghiaccioli, che opera nelle regioni Emilia Romagna, Marche e Lazio. Detta società aveva denunciato le pratiche della Unilever, sostenendo che quest'ultima avesse intimato agli esercenti degli stabilimenti balneari e dei bar di non commercializzare i ghiaccioli "La Bomba" insieme ai prodotti Unilever, minacciando la mancata applicazione di sconti e imponendo penali o risoluzioni contrattuali in caso di inadempienza.

In virtù di quanto contestato l'AGCM, in primo luogo, ha avviato un'istruttoria, per analizzare le pratiche poste in essere dalla società Unilever nonché il relativo mercato rilevante⁷⁷.

Durante il corso dell'istruttoria, l'Autorità ha adottato una posizione chiara riguardo agli studi economici prodotti dalla Unilever nel contesto del presunto abuso di posizione dominante. L'AGCM ha ritenuto di non essere tenuta ad analizzare tali studi per dimostrare l'assenza di effetti preclusivi nei confronti dei concorrenti altrettanto efficienti. Questi studi, infatti, sono stati ritenuti del tutto irrilevanti nel caso in cui vi è presenza di clausole di esclusiva.

L'Autorità ha argomentato asserendo che l'utilizzo di clausole di esclusiva da parte di un'impresa detentrica di una posizione dominante costituirebbe di per sé un abuso di posizione dominante. In altre parole, l'impiego di tali clausole è considerato per

sono responsabili dell'applicazione delle regole antitrust all'interno dei loro territori nazionali. Le disposizioni contenute nel regolamento n. 1/2003 includono, tra le altre cose, l'adozione di norme comuni sull'abuso di posizione dominante e le pratiche anticoncorrenziali, nonché procedure per la gestione dei casi di violazione delle norme antitrust, ed in particolare anche l'art. 102 TFUE.

⁷⁷ L'autorità garante della concorrenza e del mercato, adunanza del 31 ottobre 2017 A484 - UNILEVER/DISTRIBUZIONE GELATI Provvedimento n. 26822, sentito il Relatore Professor Michele Ainis, il Segretario generale Roberto Chieppa, Presidente Giovanni Pitruzzella, paragrafi 1.2 e ss.

sé stesso un comportamento anticoncorrenziale e non sarebbe necessario dimostrare ulteriori effetti preclusivi specifici sui concorrenti. In effetti, l'utilizzo di clausole di esclusiva da parte di un'impresa dominante potrebbe comportare effetti restrittivi sulla concorrenza in vari modi. Queste clausole, infatti, potrebbero impedire ai distributori di vendere prodotti di concorrenti o limitare il loro accesso ad altre fonti di fornitura, riducendo così la possibilità di scelta per i consumatori e ostacolando la competizione sul mercato.

In taluni casi, è complesso provare con certezza gli effetti esatti di tali clausole sui concorrenti e sul mercato in generale. Pertanto, l'Autorità potrebbe sostenere che l'uso di clausole di esclusiva da parte di un'impresa dominante costituisce una presunzione di abuso, semplificando così il processo di valutazione e rendendo più facile applicare le norme antitrust in tali situazioni. Tuttavia, è importante notare che le norme antitrust e i relativi abusi della disciplina possono variare in dipendenza delle diverse giurisdizioni nonché dei mercati rilevanti e di pratiche poste in essere in concreto dalle imprese; ciò che costituisce un abuso di posizione dominante potrebbe essere interpretato diversamente in base alle leggi e alle politiche antitrust di ciascun Paese. In virtù di ciò le decisioni specifiche riguardanti casi di abuso di posizione dominante devono essere basate su un'analisi dettagliata dei fatti e delle circostanze del caso specifico.

La posizione assunta dall'AGCM è fondamentale per la valutazione di casi di abuso di posizione dominante, poiché semplifica il compito dell'autorità nell'accertare il comportamento anticoncorrenziale delle imprese dominanti. Essa evita la necessità di indagini complesse e dettagliate sugli effetti specifici delle clausole di esclusiva su ciascun concorrente, semplificando il processo di applicazione dell'articolo 102 del TFUE nel contesto delle pratiche commerciali della Unilever.

Tuttavia, è importante sottolineare che questa posizione dell'AGCM non esclude completamente la possibilità di esaminare prove ed elementi concreti riguardanti l'effettiva capacità di esclusione delle clausole di esclusiva sulla concorrenza⁷⁸.

⁷⁸ Sebbene l'AGCM non ritenga necessario analizzare specificamente gli studi economici della Unilever quest'ultima potrebbe ancora basarsi su altri elementi probatori per confermare l'abuso di posizione dominante.

L'Autorità ha approfondito, inoltre, l'analisi del mercato dei gelati in confezioni individuali destinati alla vendita fuori dal domicilio dei consumatori, considerando le caratteristiche specifiche che lo contraddistinguevano. Particolare rilievo è stato dato allo scarso spazio disponibile nei punti vendita, nonché al ruolo determinante della portata dell'offerta in tali luoghi nelle scelte dei consumatori. In queste condizioni di mercato l'AGCM ha constatato che la strategia di esclusione messa in atto dalla Unilever, basata sull'imposizione di clausole di esclusiva ai gestori dei punti vendita, aveva prodotto effetti negativi sulla concorrenza e sulla possibilità degli operatori concorrenti di competere sulla base dei meriti dei loro prodotti. Data la limitata dimensione dei punti vendita e la rilevanza attribuita dall'AGCM alla portata dell'offerta, le condizioni poste dalla Unilever tramite i suoi distributori avrebbero avuto l'effetto di mantenere durevolmente l'esclusiva delle forniture sulla propria clientela. Questo comportamento, di fatto, limitava la scelta dei consumatori e dissuadeva gli operatori concorrenti dal competere in modo leale ed equo.

In questo contesto l'AGCM ha concluso che la strategia adottata dalla Unilever costituiva un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE che si sostanziava nel limitare la concorrenza fondata sui meriti dei prodotti, impedendo agli operatori concorrenti di offrire alternative ai consumatori e mantenendo così un controllo esclusivo sul mercato dei gelati in confezioni individuali venduti fuori dal domicilio dei consumatori.

L'AGCM con la citata decisione ha concluso⁷⁹ sostenendo che Unilever deteneva una posizione dominante sul mercato in questione e che i suoi centocinquanta distributori locali non costituivano imprese autonome, bensì agivano come strumento della politica commerciale dell'azienda. Le condotte poste in essere da Unilever e dai suoi distributori, quindi, sono state considerate pratiche illecite in violazione della normativa comunitaria. L'Autorità ha ritenuto che, nonostante i comportamenti abusivi fossero stati attuati dai distributori della Unilever, questi dovevano essere attribuiti interamente all'impresa stessa. Ciò è stato motivato argomentando dalla circostanza che Unilever e i suoi distributori erano considerati un'**unica entità economica** e la Unilever avrebbe esercitato un certo grado di

⁷⁹ L'autorità garante della concorrenza e del mercato, adunanza già citata, paragrafo 7.

interferenza nella politica commerciale dei distributori. Di conseguenza, i distributori non agivano in modo indipendente quando imponevano le clausole di esclusiva ai gestori dei punti vendita.

Dalla decisione emerge chiaramente che la Unilever ha adottato una strategia deliberata di esclusione sui mercati dei gelati in confezioni individuali destinati alla vendita al di fuori del domicilio dei consumatori. Tale strategia mirava a ostacolare la crescita dei suoi concorrenti e consolidare la sua posizione dominante sul mercato. Per attuare questa strategia, la Unilever ha coinvolto i suoi distributori, i quali hanno imposto clausole di esclusiva merceologica⁸⁰ nonché di *cabinet exclusivity*⁸¹ ai gestori dei punti vendita, obbligandoli a rifornirsi esclusivamente dai prodotti della Unilever per tutte le forniture di gelati in confezioni individuali.

Inoltre, va sottolineato che in cambio del rispetto di queste clausole di esclusiva, i gestori dei punti vendita che avevano sottoscritto contratti con la società sono stati influenzati anche dall'applicazione simultanea di sconti agevolati⁸² e di incentivi

⁸⁰ Le stesse prevedono l'obbligo di rifornirsi da Unilever per l'intero fabbisogno di gelati confezionati.

⁸¹ La "*cabinet exclusivity*" è una clausola antitrust che rientra nell'ambito della concorrenza e delle pratiche commerciali. Essa si riferisce a una situazione in cui un'impresa, tipicamente un produttore o un fornitore, impone ai propri rivenditori o distributori l'obbligo di acquistare e vendere solo i suoi prodotti o di non vendere i prodotti dei concorrenti. In altre parole, con la "*cabinet exclusivity*", l'azienda limita i rivenditori ad esclusivamente commercializzare i suoi prodotti e impedisce loro di offrire o vendere prodotti dei concorrenti. Questa pratica può creare restrizioni alla concorrenza e impedire ai concorrenti di accedere al mercato o di competere in modo equo. Le clausole di "*cabinet exclusivity*" possono essere considerate anticoncorrenziali se causano un effetto esclusivo o escludente per i concorrenti, rafforzando la posizione dominante dell'azienda che le impone. Nel contesto delle leggi antitrust e delle normative sulla concorrenza, le clausole di "*cabinet exclusivity*" possono essere oggetto di valutazione e, in alcuni casi, possono essere considerate illegali o abusive se ostacolano la libera concorrenza e limitano la scelta dei consumatori. Essa è una species del più ampio genus delle clausole di esclusiva.

Nel caso di specie esse prevedono l'obbligo di utilizzo esclusivo dei frigoriferi forniti in comodato d'uso dalla Unilever.

La pratica comune nel settore dell'utilizzo esclusivo di freezer in comodato d'uso per conservare i propri gelati ha comportato che anche i produttori (che forniscono solo una porzione dei gelati da impulso) siano stati costretti a fornire i propri frigoriferi, come è accaduto nel caso della società La Bomba. Rilevante in questo contesto è una precedente decisione della Commissione europea riguardante la politica di esclusività dei *cabinet* adottata da Unilever nel mercato irlandese dei gelati, comunicata con il comunicato stampa IP/98/242 Brussels, datato 11 marzo 1998.

⁸² Consistenti in sconti fissi in fattura, sconti fine anno, sconti target condizionati al raggiungimento di certe soglie di ricavi/fatturato relativi alle vendite complessive di gelati.

legati alla fedeltà, vincolati alle condizioni e alle disposizioni previste nei contratti stessi⁸³.

L'attribuzione di questi sconti e commissioni era subordinata al raggiungimento di obiettivi di fatturato o all'inclusione di una specifica gamma di prodotti della Unilever nella loro offerta. Questi incentivi sono stati progettati in modo da indurre i clienti della Unilever a continuare ad acquistare esclusivamente i suoi prodotti, scoraggiandoli dall'interrompere il contratto e rivolgersi ai concorrenti.

A peggiorare la situazione, si sono poi aggiunte le azioni di monitoraggio messe in atto da Unilever tramite i suoi rappresentanti, con l'obiettivo di verificare l'effettivo approvvigionamento esclusivo dei prodotti da parte dei clienti.

Nella parte conclusiva della decisione sanzionatoria, l'Autorità ha affermato che la politica di vincoli e incentivi attuata da Unilever è stata adottata grazie alla sua posizione dominante nel mercato rilevante dei gelati monodose confezionati. Detta posizione si è formata principalmente grazie all'ampia e stabile base di clientela rispetto ai concorrenti⁸⁴. Di conseguenza, è stato riconosciuto un completo inadempimento dell'articolo 102, lettera b) del TFUE, in relazione al pregiudizio causato al commercio tra gli Stati membri. Nel caso specifico, l'abuso ha coinvolto i prodotti distribuiti sul territorio italiano, che rappresenta un'importante parte del mercato unico europeo⁸⁵.

In ossequio all'articolo 15, comma 1 della legge numero 287/1990, l'AGCM ha valutato le condotte in questione come un abuso grave e, di conseguenza, ha

⁸³ Consistenti in compensi promozionali, compensi gamma/assortimento, compensi target (una volta raggiunta la soglia di fatturato specificata, vengono applicati retroattivamente su tutte le quantità acquistate), compensi destinati alle associazioni di categoria.

⁸⁴ L'AGCM fa riferimento in parte alla sentenza emessa dalla Corte di Giustizia il 6 settembre 2017, C-413/13 P, Intel Corporation Inc. c. Commissione. In questa sentenza, la Corte ha precisato che nel caso in cui un'impresa dominante presenti elementi di prova a sostegno dell'argomento che il suo comportamento non abbia limitato la concorrenza, l'Autorità è tenuta ad esaminare vari fattori. Da un lato, deve considerare l'ampiezza della posizione dominante dell'impresa sul mercato rilevante e, dall'altro, deve valutare il livello di penetrazione della pratica concordata sul mercato, insieme alle condizioni e alle modalità di concessione degli sconti in questione, includendo la loro durata e l'importo. Inoltre, l'Autorità deve anche esaminare la possibilità che esista una strategia volta a escludere dal mercato concorrenti altrettanto efficaci. Questo principio è in linea con la sentenza del 27 marzo 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 29.

⁸⁵ Cfr. Comunicazione della Commissione UE sulla nozione del pregiudizio al commercio fra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 Trattato CE (2004/C 101/07, in GUCE C 101/81 del 27 aprile 2004); Corte di Giustizia UE, 11 luglio 2005, C-42/84, Remia BV ed altri c. Commissione.

applicato la sanzione amministrativa pecuniaria menzionata in precedenza alla società⁸⁶.

In buona sostanza, la Unilever ha utilizzato questa politica commerciale aggressiva e selettiva per mantenere salda la sua rete di distributori e consolidare la fedeltà dei clienti, scoraggiando al contempo qualsiasi tentativo dei concorrenti di competere sui meriti dei propri prodotti. Questa pratica è stata ritenuta un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 del TFUE poiché limitava la possibilità di concorrenza per gli altri operatori sul mercato.

Alla luce di quanto esposto, ravvisandosi a parere dell'AGCM un abuso di posizione dominante, la società Unilever è stata debitamente sanzionata e avverso tale decisione è stato promosso ricorso innanzi alle Autorità Nazionali competenti fino a giungere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Le argomentazioni dell'Autorità competente, invero, sembrano essere pertinenti e coerenti rispetto alla *ratio* perseguita dalla normativa antitrust. La società sanzionata, per quanto solo formalmente e indirettamente coinvolta nell'abuso, ha sostanzialmente attuato una strategia commerciale tale da alterare la libera concorrenza di mercato. Indi per cui è verosimile che si sia concretata una condotta comportante abuso di posizione dominante attuata tramite pratiche scontistiche e clausole di esclusiva tenendo conto del mercato rilevante e del contesto economico sussistenti.

⁸⁶ Si tratta di un caso di grave inflazione, e la percentuale dell'importo base per la sanzione è stata posizionata tra il 5% e il 10% del valore delle vendite. La Corte di Giustizia ha chiarito esplicitamente che per valutare la gravità di un'infrazione, bisogna considerare diversi fattori la cui natura e importanza variano a seconda del tipo di infrazione e delle circostanze specifiche ad essa legate (Corte di Giustizia UE, C.100/8 a 103/89, sentenza del 7 giugno 1983, caso *Musique Diffusion Francaise*, paragrafo 120). Tra questi fattori, risultano particolarmente rilevanti la natura della restrizione alla concorrenza e il ruolo, così come la rappresentatività sul mercato delle imprese coinvolte. In tal senso, si possono fare riferimento alle sentenze del Consiglio di Stato datate 9 febbraio 2011, n. 896, e 16 settembre 2011, nn. 5171 e 5172, in relazione al caso I694 - Listino prezzi della pasta.

2.2 L'Abuso di posizione dominante della società "Unilever"

L'AGCM ha contestato alla società Unilever la violazione dell'art. 102 TFUE per aver posto in essere una pratica comportante abuso di posizione dominante mercé l'apposizione – seppur in via indiretta per il tramite dei suoi distributori – di clausole di esclusiva ai gestori dei punti vendita, obbligandoli a rifornirsi esclusivamente dai prodotti della Unilever per tutte le forniture di gelati in confezioni individuali. Nel paragrafo seguente si analizzano le posizioni difensive della società Unilever che fungono da spunto per una più critica analisi della normativa antitrust⁸⁷.

2.2.1 La difesa della società "Unilever"

La società Unilever ha contestato il provvedimento sanzionatorio dell'Autorità sostenendo, tra le altre cose, carenza istruttoria nonché assenza di abuso nelle condotte poste in essere non direttamente dalla stessa, ma dai suoi distributori.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio adito ha respinto il ricorso di Unilever, ma la società ha successivamente presentato un appello avverso la decisione al Consiglio di Stato.

Il Collegio ha ritenuto che sussistevano alcuni dubbi interpretativi relativi all'articolo 102 del TFUE, e pertanto la causa non è ancora matura per la decisione definitiva. È stato necessario chiarire tali punti prima di procedere con la decisione finale sull'appello di Unilever attuando un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

L'iter giudiziario offre importanti spunti di riflessione per analizzare le divergenti posizioni sostenute dalle parti della contesa⁸⁸ descritte nei paragrafi successivi.

In estrema sintesi la società sanzionata ha contestato il provvedimento sanzionatorio dell'Autorità sostenendo, tra le altre cose:

⁸⁷ *DE ANGELIS M.*, Quando il comportamento commerciale dei distributori è imputabile alla posizione dominante del produttore? La risposta della Corte di Giustizia”, in News di settore Antitrust, 20 Febbraio 2023, da: <https://legal-team.it/distributori-posizione-dominante-produttore-corte-giustizia/>.

⁸⁸ L'analisi delle posizioni difensive assunte dalla Unilever è frutto dello studio analitico delle contestazioni al provvedimento poste in essere dagli Avvocati L. Raffaello Perfetti e C. Tesauro in sede di appello in Consiglio di Stato.

- la violazione dell'articolo 102 del TFUE riguardo alla qualificazione come impresa in posizione dominante e all'attribuzione delle condotte dei distributori all'azienda;
- criticando l'assenza di studi economici volti a dimostrare la capacità delle sue condotte di escludere dalla concorrenza operatori altrettanto efficienti e la mancata considerazione degli effetti pro-concorrenziali;
- carenza di istruttoria ed errori metodologici in ordine alla qualificazione del mercato rilevante oggetto d'indagine poiché non è costituito dal solo gelato confezionato, ma anche da quello sfuso, artigianale che industriale. In virtù di ciò non è stata valutata l'oggettiva sostituibilità dei prodotti non configurandosi abuso⁸⁹.

2.2.2 Violazione dell'art. 102 TFUE

In primo luogo la società Unilever, come difesa, contesta all'AGCM la violazione dell'art. 102 TFUE.

La giurisprudenza europea e le comunicazioni della Commissione europea hanno sottolineato in più riprese che il possesso di una posizione dominante da parte di un'impresa non è di per sé illegale, infatti, le imprese dominanti hanno il diritto e il dovere di competere sulla base dei propri meriti. Tuttavia, il divieto concorrenziale trova fondamento nella "speciale responsabilità" delle imprese private dotate di un forte potere economico di mercato, che consiste nel non ostacolare una concorrenza veramente competitiva e priva di distorsioni nel mercato comune.

L'abuso di posizione dominante, in termini strutturali, comprende tre elementi di fattispecie: la posizione dominante, lo sfruttamento abusivo di tale posizione e l'assenza di giustificazioni obiettive che prevalgano sugli effetti restrittivi della concorrenza. La "posizione dominante" può essere individuale o collettiva, e si riferisce a una posizione di forza economica che permette all'impresa di agire in modo indipendente dai propri concorrenti e di influenzare il mercato.

Lo "sfruttamento abusivo" di tale posizione dominante avviene quando l'impresa

⁸⁹ Quanto precisato si evince da "L'autorità garante della concorrenza e del mercato, adunanza" già citata, paragrafi 4 ss..

utilizza la sua potenza economica per limitare la concorrenza, ad esempio, mediante l'applicazione di prezzi predatori, l'impedimento dell'accesso al mercato di altri concorrenti o l'imposizione di condizioni contrattuali svantaggiose per i partner commerciali.

Al fine di concretarsi un abuso di posizione dominante è necessario che la condotta posta in essere deve anche mancare di "giustificazioni obiettive" che siano preminenti sugli effetti restrittivi della concorrenza. Indi per cui se un'impresa può dimostrare che le sue azioni sono necessarie per ragioni legittime e che superano i potenziali effetti negativi sulla concorrenza, potrebbe essere esente da un'eventuale accusa di abuso di posizione dominante⁹⁰. La decodificazione e l'interpretazione di questi concetti giuridici indeterminati sono fondamentali per valutare e controllare il comportamento delle imprese dominanti da parte delle autorità di vigilanza. La complessità di tali concetti richiede un'analisi approfondita dei casi specifici e un bilanciamento degli interessi coinvolti per garantire una concorrenza sana e leale all'interno del mercato comune europeo.

La società Unilever, quindi, ha contestato fermamente l'esistenza di una posizione dominante nel mercato dei gelati industriali da impulso, argomentando le seguenti principali ragioni:

- La quota di mercato detenuta da Unilever nell' settore dei gelati industriali da impulso (compresi gelati sfusi e artigianali) non supererebbe il 10-20% del medesimo. La società, quindi, sostiene che la sua presenza sul mercato non è dominante.

- Anche qualora si considerasse la definizione di mercato merceologico in un'ipotesi più ristretta la società Unilever ritiene che le quote di mercato dovrebbero essere calcolate a livello provinciale, poiché ciò rifletterebbe in modo più accurato il suo reale potere di mercato. In diverse regioni d'Italia, Unilever detiene quote che variano dal 40-50% nel Nord Ovest al 70-80% nel Sud Italia. In virtù di ciò è provata una maggiore competizione e

⁹⁰ *FATTORI P., TODINO M*, La disciplina della concorrenza in Italia, Il Mulino” ed., 2019, pag.67 e ss.

un'assenza di posizione dominante su scala nazionale.

- Un precedente provvedimento (Sagit S.r.L.⁹¹) dell'Autorità del 2003 aveva analizzato il potere di mercato della Unilever la quale deteneva una quota del 50-60% del mercato. L'AGCM in tale sede concluse che l'azienda non era in posizione dominante. Unilever si richiama a questo precedente per sostenere la mancanza di una posizione dominante anche in questa circostanza.
- La difesa della Unilever fa notare, inoltre, che aziende concorrenti come Nestlé e Sammontana commercializzano una gamma di prodotti simili e sono in grado di offrire ai clienti condizioni analoghe o persino più favorevoli rispetto a Unilever. La presenza di un assortimento diversificato e di marchi forti da parte dei concorrenti permette loro di competere in modo significativo sul mercato non concretandosi alcuna violazione dell'art. 102 TFUE.
- La società, ancora, sostiene che il mercato dei gelati è caratterizzato da una forte competitività che impedisce di fatto a Unilever di praticare prezzi superiori a quelli concorrenziali. In virtù di ciò non si sostanzierebbe alcun abuso in materia.
- Il prezzo di acquisto è l'elemento principale considerato dai rivenditori per scegliere i fornitori. Ciò comporta una notevole infedeltà dei clienti e una rotazione elevata della clientela. Unilever ha registrato un tasso di abbandono dei clienti compreso tra il 20-30% e il 30-40% ogni anno tra il 2012 e il 2016, anche escludendo i punti vendita persi per motivi diversi

⁹¹ Trattasi di un caso di condotte anticoncorrenziali simili a quelle poste in essere dalla Unilever, ma che sono state qualificate giuridicamente in maniera differente dall'Autorità, successivamente oggetto di ricorso e di pronuncia definitiva del Consiglio di Stato in grado di appello.

Cfr.:

[https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/55F91127FBB8B187C1256B0A00326BDA/\\$File/p10080.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/55F91127FBB8B187C1256B0A00326BDA/$File/p10080.pdf). Analizzato analiticamente nel prosieguo del capitolo 2.

dalla scelta di non vendere più gelati.

- Un'ampia percentuale (50-60%) dei punti vendita che vendono gelati confezionati non acquista i prodotti confezionati di Unilever e, pertanto, non considera l'azienda come un partner obbligato da cui rifornirsi.
- Unilever fa riferimento al caso specifico de "La Bomba", un altro operatore del mercato che è riuscito ad espandersi notevolmente, dimostrando la capacità degli altri attori del settore di competere e di crescere. Inoltre, la presenza di numerosi produttori locali con una significativa presenza a livello locale o regionale limita la capacità di Unilever di agire sul mercato in modo indipendente dai propri concorrenti⁹².

In sintesi, Unilever nega di porre in essere una condotta comportante abuso di posizione dominante nel mercato dei gelati industriali da impulso, basandosi su una serie di argomentazioni volte a dimostrare la presenza di una competizione significativa e l'assenza di una posizione dominante in tale settore tenendo conto del mercato rilevante e di precedenti provvedimenti emessi in fattispecie analoghe dall'Autorità⁹³.

2.2.3 La nozione di “impresa” e di “unica unità economica”

Ulteriori contestazioni della società Unilever muovono da importanti interrogativi riguardo la nozione di "**impresa**" nel diritto antitrust europeo e alle implicazioni della "**unica unità economica**" per la determinazione delle responsabilità e delle sanzioni in casi di coordinamento tra operatori economici formalmente autonomi e indipendenti.

In primo luogo è importante comprendere se le condotte abusive poste in essere dai concessionari di Unilever possano essere imputate all'azienda madre sulla base dell'«unica unità economica». L'Autorità ha sostenuto che Unilever esercitasse un certo livello di ingerenza nella politica commerciale dei concessionari, ma si

⁹² U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'unione Europea*, Libreria Universitaria, 2013.

⁹³ DE ANGELIS M., *op. cit.*

contesta questa interpretazione sostenendo che i concessionari agissero come imprenditori autonomi.

Per risolvere la controversia occorre analizzare i contenuti del rapporto contrattuale tra Unilever e i suoi concessionari. A tal fine, è essenziale chiarire la nozione di "impresa" nel contesto delle sanzioni antitrust, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia. In particolare è importante chiarire in presenza di quali presupposti il coordinamento tra più imprese (economicamente e formalmente autonome e indipendenti tra di loro) può considerarsi tale da configurare un unico centro decisionale tale per cui le condotte poste in essere possano essere ricondotte e imputate alle altre.

Chiarire quanto suesposto ha importanza cruciale nella controversia poiché la Unilever è stata sanzionata a causa dell'operato dei suoi concessionari e, a parere della difesa, le condotte della stessa, invero, risultano inidonee a dimostrare l'esistenza di un abuso escludente.

A parere della Corte di Giustizia, la nozione di "impresa"⁹⁴ nel diritto antitrust deve essere interpretata come un'«unità economica», indipendentemente dalla sua forma giuridica ossia non facendosi riferimento necessariamente a chi materialmente ha posto in essere una condotta. In virtù di ciò anche se le imprese coinvolte hanno personalità giuridica distinta possono essere considerate un'unica entità economica se operano come un tutto unitario sul mercato. In altre parole, la separazione formale tra due imprese non è determinante; ciò che conta è l'effettivo comportamento sul mercato e la presenza di legami organizzativi, economici e giuridici che le rendano agire come un'unità economica⁹⁵.

La dottrina sul tema dell'«unica unità economica» viene spesso applicata nei casi di gruppi di impresa, in cui la condotta di una controllata può essere imputata alla società controllante se quest'ultima ha una capacità di esercitare un'influenza determinante sulla controllata e ha esercitato concretamente questo potere. Questa valutazione richiede un'analisi approfondita delle circostanze specifiche e degli

⁹⁴ Essa differisce rispetto alla nozione di impresa del diritto civile e commerciale vigente nell'ordinamento.

⁹⁵ Considerazioni ricavate dalle seguenti cause: causa C-231/11 P a C-233/11 P, Siemens AG Österreich et al, del 10 aprile 2014; Causa 170/83, Hydroterm, Racc. pag. 2999, punto 11, del 12 luglio 1984; Causa 48/69, ICI/Commissione, Racc. pag. 619, punto 140 del 14 luglio 1972.

accordi tra le parti coinvolte. Tuttavia, la nozione di «unica unità economica» non riguarda solo i rapporti di controllo societario, ma può anche essere applicata ai rapporti contrattuali di collaborazione commerciale, come nel caso di Unilever e i suoi concessionari. Per stabilire se i concessionari siano effettivamente parte di un'unica entità economica con Unilever, il giudice dovrà considerare se gli intermediari assumono i rischi finanziari e commerciali legati alla vendita di merci a terzi. Se i concessionari operano in modo indipendente e sopportano i rischi dell'attività potrebbe essere difficile imputare le condotte di questi ultimi all'azienda madre.

Inoltre, è importante notare che l'«unica unità economica» può essere rilevante anche per esentare le intese infragruppo dall'applicazione del diritto antitrust, ma anche in questo contesto, devono essere soddisfatte le condizioni di influenza determinante della società madre sulla controllata.

In estrema sintesi affinché un gruppo possa dirsi corrispondente ad un'unica entità economica e affinché si possa imputare alla capogruppo il comportamento concorrenziale della controllata è necessario che vi siano **due presupposti cumulativi**:

- La società controllante/madre deve possedere capacità tale da esercitare un'influenza determinante sulla/e società controllata/e esercitando in concreto tale potere;
- È necessario provare, in concreto, l'esercizio effettivo dell'influenza determinante della società madre sulla controllata *id est* l'intensità e l'impatto di tale influenza. Questa influenza può essere oggetto di presunzione e, quindi, occorre analizzare i legami organizzativi, economici e giuridici intercorrenti tra controllante e controllata avendo riguardo, altresì a tutte le circostanze specifiche del caso.⁹⁶

In conclusione, la nozione di "impresa" e l'«unica unità economica» nel diritto antitrust europeo costituiscono una questione complessa che richiede una

⁹⁶ I presupposti cumulativi citati, invero, presentano somiglianze con le disposizioni del diritto commerciale italiano ed in particolare con gli artt. 2359 comma 1 e 2497 sexies c.c. in materia di attività di direzione e coordinamento.

valutazione dettagliata delle circostanze specifiche del caso. L'organo giudicante dovrà esaminare attentamente i rapporti contrattuali e le dinamiche operative tra Unilever e i suoi concessionari per determinare se sussistano i presupposti per imputare le condotte dei concessionari all'azienda madre. Solo una valutazione approfondita e ponderata può garantire l'applicazione coerente e giusta del diritto antitrust in questo caso specifico⁹⁷.

2.2.4 Il coordinamento tra operatori economici

È evidente, quindi, l'importanza per la Unilever di provare l'inesistenza di un'unica unità economica con le società distributrici dei prodotti che, in concreto, ponevano in essere l'abuso contestato dall'AGCM.

Il caso in esame interessa un'ipotesi di coordinamento contrattuale tra Unilever e i suoi concessionari di vendita. La natura e la consistenza di questo legame strutturale sono al centro della disputa, poiché potrebbero determinare se le parti coinvolte costituiscano un'unica entità economica ai fini antitrust e, quindi, del concretarsi di un abuso di posizione dominante ex art. 102 TFUE.

Invero nella prassi è molto complesso individuare indici e consistenza di rilevatori del legame strutturale che dovrebbero intercorrere tra produttore e intermediari per far configurare un'unica entità economica.

I rapporti di collaborazione commerciale, come quelli tra Unilever e i concessionari, sono un esempio di come il panorama aziendale stia evolvendo verso un modello "a rete" in cui alcune fasi distributive (o produttive) vengono scorporate dalla grande impresa. Il legislatore nazionale ha risposto a questa tendenza intervenendo con normative specifiche, ad esempio normando il contratto di franchising o affiliazione commerciale⁹⁸, al fine di regolamentare la collaborazione tra imprese

⁹⁷ Analisi tratta dalle considerazioni dell'ordinanza del Consiglio di Stato (Sezione Sesta), in Camera di Consiglio del giorno 8 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati: Giancarlo Montedoro (Presidente) Diego Sabatino, Silvestro Maria Russo, Alessandro Maggio (Consiglieri), Dario Simeoli, (Consigliere – Estensore) sul ricorso numero di registro generale 6516 del 2018, paragrafi 2.3 e ss.

⁹⁸ Il contratto di franchising è un accordo commerciale tra due parti, il franchisor e il franchisee, mediante il quale il franchisor concede al franchisee il diritto di utilizzare il proprio marchio, il know-how, i metodi operativi, i prodotti o servizi, e il supporto continuo in cambio di royalty e/o altre forme di compensazione finanziaria. Il franchising è un modello di business molto diffuso in diversi settori, come la ristorazione, il retail, l'ospitalità, i servizi e molti altri. Nell'ambito di questo accordo, il franchisor trasmette al franchisee il know-how e l'esperienza maturati nel corso degli

di diverse dimensioni.

La **concessione di vendita**⁹⁹, invece, è fattispecie atipica nell'ordinamento italiano concretando un contratto innominato caratterizzato da una complessa funzione di scambio e collaborazione tra le parti.

I rapporti di collaborazione commerciale, tra cui emerge la concessione di vendita, rappresentano una forma di interazione tra imprese che coinvolge un certo grado di ingerenza del preponente sull'attività dell'intermediario. Nel contesto di questo tipo di contratto, il concessionario acquisisce in proprio i prodotti da vendere e li rivende a terzi, generando un margine di profitto tra il prezzo di acquisto e il prezzo di rivendita.

La principale differenza tra la concessione di vendita e un contratto di agenzia risiede nel ruolo svolto dall'agente, il quale agisce come intermediario mettendo in contatto le parti interessate a una vendita senza assumersi il rischio e l'obbligo di acquistare e rivendere i prodotti. Al contrario, il concessionario di vendita assume il rischio finanziario legato all'acquisto dei prodotti, e il suo compito principale è quello di propagandare la merce e vendere i prodotti acquisiti¹⁰⁰.

In definitiva il concessionario di vendita vende in proprio cose divenute di sua proprietà e assumendone, quindi, il rischio finanziario¹⁰¹.

Nonostante la presenza di un certo livello di ingerenza del preponente nei rapporti di collaborazione commerciale, non è sempre sufficiente per qualificare i soggetti coinvolti come parte di un'unica entità economica. Infatti, tali contratti possono essere volti a disciplinare una particolare forma di divisione del lavoro tra grandi aziende e imprese di dimensioni medio-piccole, anche in un contesto di "affidamento in outsourcing"¹⁰². In questi casi, pur esistendo una certa ingerenza, i

anni, permettendogli di avviare e gestire un'attività imprenditoriale secondo uno schema già collaudato.

⁹⁹ BALDI R. E VENEZIA A., Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising", Giuffrè 2020.

¹⁰⁰ Definizione tratta da cfr. Cass. 18 settembre 2009, n. 20106.

¹⁰¹ Definizione tratta da cfr. Cass. 18 settembre 2009, n. 20106.

¹⁰² L'affidamento in *outsourcing* è una pratica aziendale mediante la quale un'impresa affida a un'altra, esterna e specializzata, l'esecuzione di determinate attività o processi che originariamente erano gestiti internamente. In altre parole, l'azienda decide di affidare a un fornitore esterno una parte delle sue funzioni o servizi, solitamente non core o non strategici, in modo da concentrarsi maggiormente sulle proprie competenze chiave e ridurre i costi operativi.

Questa pratica consente alle aziende di beneficiare delle competenze e dell'efficienza del fornitore specializzato, riducendo la necessità di investire in risorse interne o infrastrutture per svolgere determinate attività. Di conseguenza, l'affidamento in outsourcing offre flessibilità operativa e la

concessionari rimangono imprenditori autonomi, responsabili dei propri costi e rischi.

Per qualificare le imprese coinvolte come parte di un'unica entità economica non è bastevole la sussistenza di una influenza determinante, ma è necessario un *quid pluris*. Occorre, infatti, accertare un vero e proprio collegamento "gerarchico" tra le due società, tipicamente regolato da un contratto di direzione e coordinamento. L'attività di direzione e coordinamento richiede l'esercizio di un'influenza determinante sulle decisioni gestionali dell'intermediario, incidendo sulle scelte strategiche ed operative dell'azienda. In mancanza di queste condizioni, si tratterebbe solo di un coordinamento finalizzato a realizzare un sistema di sinergie tra imprese diverse.

La definizione precisa dei parametri valutativi per stabilire se esiste un'unica entità economica è ancora oggetto di discussione e interpretazione. In alcune pronunce la Corte di Giustizia¹⁰³ afferma, non senza contrasti, che l'elemento determinante per stabilire se un intermediario sia un operatore economico indipendente va ravvisato in relazione all'**assunzione dei rischi finanziari e commerciali** legati alla vendita di merci a terzi. Gli intermediari possono perdere la qualità di operatore economico indipendente soltanto quando non sopportano nessuno dei rischi conseguenti ai contratti negoziati o conclusi per conto del committente e operano come ausiliari integrati nell'impresa¹⁰⁴.

La nozione di "unica unità economica" appare ancora incerta e condizionata dalle circostanze specifiche di ogni caso. È necessaria una definizione più chiara e precisa dei parametri valutativi da parte della Corte di Giustizia per garantire chiarezza e stabilità nei rapporti giuridici. La certezza del diritto è essenziale, soprattutto quando si applicano sanzioni pecuniarie di natura penale, come nel caso in questione. Le disposizioni normative devono essere chiare e accessibili affinché i cittadini possano comprendere i propri diritti e obblighi e agire di conseguenza.

possibilità di concentrarsi sulle attività principali, migliorando la competitività aziendale e consentendo di essere più agili nel mercato.

¹⁰³ Vd. Corte di Giustizia UE in cause riunite 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Suiker Unie e a./Commissione, punto 480, del 16 dicembre 1975.

¹⁰⁴ V. Corte di Giustizia UE Corte di Giustizia UE decisione del 14 dicembre 2006, in C-17/05.

In conclusione, il caso di coordinamento contrattuale tra Unilever e i suoi concessionari solleva importanti questioni riguardo alla definizione di "unica entità economica" e alla necessità di parametri valutativi chiari. La Corte di Giustizia dovrebbe fornire una maggiore chiarezza in materia per garantire una corretta applicazione del diritto antitrust.

Nel caso specifico del rapporto tra Unilever e i suoi concessionari manca un rapporto di controllo diretto della prima sui secondi. Di conseguenza, per stabilire l'eventuale esistenza di un'unica entità economica formata da Unilever e i suoi concessionari, bisogna fondarsi su solidi "vincoli economici, organizzativi e giuridici", che dimostrino un'influenza effettiva e determinante dell'una sull'altra in termini di scelte commerciali e comportamenti di mercato.

La società Unilever insiste nel sottolineare che non ha avuto accesso al contenuto degli accordi tra i concessionari e i propri clienti (eccezion fatta per particolari contratti che non sono rilevanti in ordine alla fattispecie in esame) affermando, altresì, che i concessionari hanno piena libertà nella definizione dei contenuti dei contratti con la loro clientela. Oltre a ciò, i concessionari non si dedicano esclusivamente alla distribuzione dei prodotti Unilever, poiché una parte significativa del loro fatturato deriva dalla vendita di altri prodotti di altre aziende. Indi per cui, la società mette in evidenza che i concessionari hanno piena autonomia nella determinazione dei prezzi di rivendita e la Unilever si limita esclusivamente a fornire suggerimenti sui prezzi di rivendita dei gelati.

In sintesi, la società sostiene che i concessionari operano in maniera indipendente e autonoma nella definizione dei propri accordi con i clienti e nella gestione delle proprie attività, dimostrando la mancanza di una direzione gerarchica o ingerenza diretta da parte di Unilever sulle loro scelte commerciali.

Invero, le contestazioni della società Unilever rispetto alla decisione e alla conseguente sanzione pecuniaria inflitta sono pertinenti. Il complesso quadro giurisprudenziale in materia, i diversi orientamenti dell'AGCM in ordine a fattispecie analoghe, il ruolo nel mercato della Unilever nonché l'assenza di criteri discretivi chiari e precisi in ordine al concetto di "unica unità economica" sono tali da creare incertezza sulla fattispecie. Risulta, quindi, necessario chiarire in maniera

analitica indici di natura sostanziale idonei ai concetti esaminati al fine di giudicare ragionevolmente la controversia in esame¹⁰⁵.

2.2.5 Elemento oggettivo dell'illecito – “Sfruttamento abusivo”

La difesa della società Unilever pone un ulteriore dubbio interpretativo afferente all'elemento oggettivo dell'illecito ossia lo “sfruttamento abusivo” di una posizione dominante in un determinato mercato da parte dell'impresa.

Si presta particolare riguardo allo standard probatorio richiesto alle Autorità antitrust per accertare condotte abusive di natura escludente. Occorre, infatti, stabilire – non senza difficoltà - se sia necessaria la prova concreta degli effetti restrittivi dell'abuso di posizione dominante o se sia sufficiente la dimostrazione della mera potenzialità dell'effetto restrittivo.

L'onere probatorio differisce a seconda delle fattispecie tutelate dalla normativa Antitrust. Nelle intese restrittive, ad esempio, dove l'“oggetto” dell'illecito comporta, in buona sostanza, un'illecita ripartizione del mercato è consolidato che tali intese siano di per sé illecite senza la necessità di dimostrare i loro effetti restrittivi. In altre parole, se un'impresa partecipa a un accordo che ha come obiettivo di limitare la concorrenza, l'accordo è considerato illegale, indipendentemente dagli effetti concreti che si possono verificare (e.g. si concreta un'intesa illecita anche se i prezzi risultano equi)¹⁰⁶.

Per quanto concerne, invece, l'abuso di posizione dominante non esiste una presunzione analoga di abusività delle iniziative di mercato adottate dall'impresa dominante. Nella fattispecie in esame la questione dirimente consiste nel comprendere se la condotta idonea a pregiudicare i concorrenti sia di per sé sufficiente per provare la violazione e applicare le relative sanzioni. In altre parole, è necessario dimostrare se un'azione intrapresa da un'impresa in posizione dominante sia abusiva a prescindere dalla presenza o meno di effetti restrittivi concreti sul mercato (per ritornare all'esempio suddetto e rapportare le fattispecie:

¹⁰⁵ Analisi tratta dalle considerazioni dell'ordinanza del Consiglio di Stato (Sezione Sesta), in Camera di Consiglio del giorno 8 ottobre 2020, già citata, paragrafi 2.2. e ss.

¹⁰⁶ *Ex multis*: Corte di Giustizia, sentenza del 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers, C 209/07.

nel caso di abuso di posizione dominante occorre necessariamente che i prezzi siano iniqui).

In alcuni orientamenti giurisprudenziali nazionali è stato affermato che l'abuso di posizione dominante può essere accertato anche in fase preparatoria, prima che produca effetti restrittivi tangibili¹⁰⁷. In tali casi, non è necessario dimostrare gli effetti attuali dell'abuso, ma è sufficiente dimostrare la **mera potenzialità** dell'effetto restrittivo.

Rimane ancora incerto, tuttavia, se sia ammessa – in presenza di condotte astrattamente idonee alla produzione di effetti restrittivi - la prova contraria da parte dell'impresa sanzionata che nessun effetto restrittivo si sia "storicamente" verificato o che la condotta contestata sia risultata priva di offensività concreta. In altre parole non vi è certezza in ordine alla possibilità per l'impresa in posizione dominante di dimostrare che nella pratica le sue condotte non abbiano, in concreto, offeso e alterato la concorrenza ed il mercato.

Se l'impresa accusata di condotte abusive volte ad alterare il mercato potesse provare la liceità delle sue pratiche ci si interroga se, di contro, sorga in capo all'Autorità antitrust l'obbligo di provare in maniera puntuale e analitica, attraverso analisi di mercato ed economiche (anche prodotte dalla parte sanzionata), la concreta capacità della condotta di offendere ed escludere i concorrenti e, quindi, di configurare un abuso.

Lo stesso Consiglio di Stato, Sezione VI con ordinanza del 20 luglio 2020, n. 4646, ha ritenuto rilevante questo interrogativo e ha promosso un rinvio pregiudiziale per ottenere chiarezza sull'interpretazione dell'articolo 102 del TFUE riguardo alla prova della concreta offensività delle condotte abusive di natura escludente e, in ordine, al dovere dell'Autorità antitrust di esaminare le analisi economiche prodotte dalla parte sanzionata.

La società Unilever sostiene che l'analisi condotta dagli uffici dell'Autorità durante la fase istruttoria non sia conforme ai principi enunciati dalla sentenza del 6 settembre 2017 dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel caso “Intel”¹⁰⁸ a

¹⁰⁷ Cfr: Tribunale di primo grado, 29 marzo 2012, in C-498/07.

¹⁰⁸ Ampliamente analizzato al paragrafo 2.3.1.

cui fanno espresso riferimento per contestare la sanzione dell'AGCM.

Sebbene la Corte di Giustizia UE abbia confermato che gli obblighi di esclusiva e gli sconti di esclusiva sono presuntivamente illeciti¹⁰⁹, ha specificato che l'Autorità deve esaminare una serie di elementi se l'impresa dominante dimostra, durante il procedimento amministrativo, sulla base di prove, che il suo comportamento non ha effettivamente limitato la concorrenza o escluso concorrenti dal mercato.

Secondo Unilever, l'analisi svolta dagli uffici è carente perché non ha dimostrato l'idoneità della strategia commerciale dell'azienda a escludere un concorrente altrettanto efficiente, né ha confutato le considerazioni difensive presentate da Unilever.

In particolare, Unilever ha condotto un test del concorrente altrettanto efficiente (AECT¹¹⁰) nel corso del procedimento, ma gli uffici dell'Autorità hanno replicato che l'AEC test non era necessario per dimostrare la portata escludente delle condizioni di sconto.

Di contro Unilever ritiene che questo approccio sia errato poiché solo le politiche di prezzo che effettivamente escludono i concorrenti altrettanto efficienti utilizzando mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti, possono essere considerate abusive e quindi illecite¹¹¹.

La società sostiene che per dimostrare gli effetti di preclusione della sua condotta è necessario provare che tali effetti si sono verificati nei confronti di concorrenti

¹⁰⁹ Invero nella prassi giurisprudenziale gli stessi di default vengono considerati anti-concorrenziali e dannosi per il mercato.

¹¹⁰ Acronimo per "*As Efficient Competitor test*" (test del concorrente altrettanto efficiente). Questo test è un concetto utilizzato nell'ambito delle valutazioni di abuso di posizione dominante nel diritto antitrust europeo.

L'AEC test è una metodologia utilizzata per valutare se il comportamento di un'azienda in posizione dominante sul mercato limita in modo significativo o esclude concorrenti altrettanto efficienti dal mercato. Se l'azienda in posizione dominante applica pratiche che, nella pratica, rendono difficile o impediscono ad altri concorrenti di competere in modo efficace, allora si può considerare che l'azienda sta abusando della sua posizione dominante. L'AEC test è uno strumento cruciale nella valutazione delle pratiche anticoncorrenziali delle imprese in posizione dominante e può aiutare le autorità di regolamentazione e i tribunali a stabilire se un comportamento costituisce un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

¹¹¹ Argomentazioni tratte dalla sentenza INTEL già citata.

altrettanto efficienti. Inoltre, in risposta alle osservazioni degli uffici nell'ambito della CRI (Comunicazione di Risposti Integrati) sull'analisi economica presentata, Unilever ha presentato una nuova memoria economica il 15 settembre 2017 contenente un esercizio di AECT che prendeva in considerazione le critiche contenute nella CRI riguardo alla prima analisi economica.

Questo test ipotizza che una quota delle vendite dell'operatore in posizione dominante riguardi prodotti "*must have*", ma Unilever ritiene che tale ipotesi sia irrealistica e non supportata dalle evidenze. L'obiettivo del test è valutare se un concorrente altrettanto efficiente dell'operatore dominante sarebbe in grado di offrire uno sconto sufficientemente elevato per convincere i clienti a comprare da lui la quota "contendibile" della domanda. Tuttavia, secondo Unilever, il risultato del test dimostra che la quota di fatturato di Unilever (che non supera il test) sarebbe comunque irrilevante.

La società afferma di aver provato anche la presenza di giustificazioni oggettive per gli obblighi di esclusiva e gli sconti fidelizzanti applicati, motivati da chiare ragioni di efficienza.

Per quanto riguarda le **clausole di esclusiva**, come l'**esclusiva merceologica** e la *cabinet exclusivity*, Unilever spiega che queste clausole servono a garantire la disponibilità adeguata di prodotti sul territorio, a ridurre i costi di commercializzazione dei gelati per i punti vendita e a mantenere prezzi di rivendita ragionevoli.

Inoltre, l'esclusiva merceologica rispecchia la scelta degli stessi esercenti di rivolgersi a un solo fornitore per semplificare la logistica e condividere i costi delle transazioni su un volume di affari più ampio.

La ricorrente ritiene che gli sconti *target* incentivino gli esercenti a massimizzare gli acquisti di gelato per espandere il settore, mentre gli sconti assortimento garantiscono ai consumatori un'ampia gamma di gelati e nuovi lanci di prodotti. Gli sconti di fine anno, invece, permettono agli esercenti di compensare eventuali ritardi nei pagamenti a Unilever, agevolando l'acquisto di gelati nel periodo considerato.

Quindi a parere della Unilever, gli uffici hanno omesso di considerare adeguatamente le giustificazioni di efficienza fornite dall'azienda e non hanno ponderato gli effetti favorevoli e sfavorevoli per la concorrenza nella decisione della Commissione, come richiesto dalla sentenza Intel.

La società Unilever difende il proprio comportamento sostenendo che, anche se venisse considerato abusivo, non dovrebbe essere considerato grave e dovrebbe essere considerato concluso nel gennaio 2016 o al massimo nel giugno 2016. Per giustificare questa posizione la società fa riferimento a precedenti decisioni dell'Autorità in un procedimento del 2003 (Sagit-Contratti di vendita e distribuzione del gelato, già citato), dove l'Autorità escluse la posizione dominante di Unilever e non considerò gli accordi contrattuali di esclusiva come preclusivi. In base a questa decisione, Sagit si impegnò a limitare gli obblighi di esclusiva al 50% dei propri punti vendita: soglia considerata dall'Autorità come sufficientemente concorrenziale¹¹².

Inoltre, Unilever sostiene che le condotte contestate hanno anche giustificazioni procompetitive in termini di efficienza, poiché anche i concorrenti utilizzano esclusive merceologiche, *cabinet exclusivity* e sconti.

La ricorrente ritiene che, in caso di irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da parte dell'Autorità, dovrebbero essere considerate circostanze attenuanti, come il legittimo affidamento, l'agire in buona fede e la collaborazione durante il procedimento. La Società sostiene, ancora, di aver rafforzato il proprio programma di *compliance antitrust*¹¹³, implementando nuovi *format* per gli accordi

¹¹² PROSPERETTI L., Prova e valutazione del danno antitrust, in Mercato concorrenza regole, 2008.

¹¹³ La "*compliance antitrust*" si sostanzia in un insieme di politiche, procedure e pratiche adottate da un'azienda o un'organizzazione per garantire il rispetto delle leggi e delle normative antitrust o antimonopolio. L'obiettivo principale della *compliance* antitrust è prevenire comportamenti anti-concorrenziali e assicurarsi che l'azienda operi nel rispetto delle leggi che regolano la concorrenza e la prevenzione dei monopoli. Le aziende spesso adottano programmi di *compliance* antitrust per ridurre il rischio di azioni legali, sanzioni pecuniarie e danni reputazionali legati a comportamenti illegali o abusivi riguardanti la concorrenza. Tali programmi solitamente includono:

-Formazione: L'azienda fornisce formazione e istruzione ai propri dipendenti, dirigenti e altre figure chiave riguardo alle leggi antitrust, il loro impatto sulle operazioni aziendali e le conseguenze di comportamenti illegali.

-Politiche interne: Vengono stabilite e comunicate politiche interne riguardo alle pratiche commerciali e alle condotte anticoncorrenziali, al fine di evitare comportamenti che possano violare le leggi antitrust.

con i clienti che eliminano clausole di esclusiva merceologica, sconti *target* e compensi assortimento. Inoltre, Unilever ha anche aggiunto nuove disposizioni riguardanti sconti aggiuntivi e compensi promozionali nei contratti con le associazioni di esercenti.

In sintesi, Unilever sostiene di aver adeguato le proprie pratiche commerciali, di avere agito in buona fede e di aver collaborato nel corso del procedimento.

In virtù di quanto suesposto ritiene che la presunta violazione dell'articolo 102 TFUE non vi sia o, in subordine, che la stessa non possa essere considerata grave e, quindi, l'irrogazione di sanzioni pecuniarie non dovrebbe esservi o dovrebbe essere diminuita¹¹⁴.

2.2.6 Clausole di esclusiva e *Cabinet exclusivity*

Il provvedimento dell'AGCM avverso la società Unilever, come ampiamente descritto e analizzato, sanziona la stessa, tra l'altro, anche per l'apposizione di clausole di esclusiva nei contratti conclusi dai concessionari.

Per quanto riguarda le clausole di esclusiva (come l'esclusiva merceologica e la *cabinet exclusivity*) Unilever espone all'Autorità e ai Giudici amministrativi che queste clausole sono state adottate (ai distributori) con l'obiettivo di assicurare un

-Auditing e monitoraggio: L'azienda può effettuare regolari audit interni per monitorare il rispetto delle politiche di compliance antitrust e identificare potenziali rischi.

-Linee guida e codici etici: Vengono sviluppati codici di condotta etica e linee guida specifiche riguardo alle pratiche antitrust, che delineano le aspettative dell'azienda nei confronti dei propri dipendenti e partner commerciali.

-Segnalazione e *whistleblowing*: Sono stabiliti canali per segnalare potenziali violazioni o comportamenti sospetti, consentendo ai dipendenti di segnalare in modo anonimo possibili infrazioni alle leggi antitrust.

-Cooperazione con le autorità: In caso di indagini o controversie antitrust, l'azienda può collaborare con le autorità di regolamentazione e fornire tutte le informazioni richieste in modo trasparente e tempestivo.

-Gestione dei rischi: Vengono identificati e valutati i potenziali rischi di comportamenti anticoncorrenziali nelle diverse attività aziendali e vengono adottate misure preventive per mitigare tali rischi.

La compliance antitrust è essenziale per le aziende che operano in settori altamente regolamentati o che hanno una posizione di dominanza sul mercato. Adottare una corretta compliance antitrust aiuta a promuovere una concorrenza sana, a garantire il rispetto delle leggi e a tutelare l'immagine e la reputazione dell'azienda.

¹¹⁴ Analisi tratta dalle considerazioni dell'ordinanza del Consiglio di Stato (Sezione Sesta), in Camera di Consiglio del giorno 8 ottobre 2020, già citata, paragrafo 3.

adeguato livello di disponibilità dei prodotti all'interno di un determinato territorio. Il fine ultimo delle stesse è quello di contenere i costi di commercializzazione del gelato per i punti vendita, contribuendo così a mantenere prezzi di rivendita equilibrati.

L'esclusiva merceologica riflette la scelta consapevole da parte degli esercenti di rivolgersi esclusivamente a un unico fornitore. Questa decisione si basa su vantaggi quali la semplificazione logistica e la possibilità di distribuire i costi delle transazioni su un volume di affari più ampio. In definitiva, tali clausole si configurano come uno strumento strategico sia per l'azienda fornitrice che per i rivenditori, con l'obiettivo di ottimizzare l'efficienza delle operazioni e la redditività complessiva del sistema.

Occorre, invero, analizzare la natura e la struttura delle clausole di esclusiva in generale per meglio comprendere la loro portata e in quale misura possono ritenersi lecite o abusive.

La clausola di esclusiva è un elemento comune nei contratti di distribuzione e risulta soggetto a regolamentazioni specifiche all'interno della normativa che riguarda i contratti di agenzia e, nel caso dell'esclusiva, anche di somministrazione. Le stesse rappresentano strumenti essenziali, seppur non indispensabili, per stabilire l'integrazione verticale tra imprese¹¹⁵. Questa forma di collaborazione si sviluppa

¹¹⁵ L'integrazione verticale è un concetto economico che si riferisce alla situazione in cui un'azienda controlla o partecipa attivamente a più stadi della catena di produzione, distribuzione e vendita di beni o servizi. In altre parole, si tratta dell'estensione delle operazioni di un'azienda oltre il proprio settore primario di attività, coinvolgendo le fasi precedenti o successive nella catena del valore.

Ci sono due tipi principali di integrazione verticale:

- **Integrazione verticale in avanti:** Questo avviene quando un'azienda si espande nelle fasi successive della catena di distribuzione, solitamente coinvolgendo l'acquisto, la gestione o la vendita dei propri prodotti direttamente al consumatore finale. Ad esempio, un produttore di automobili che possiede e gestisce una rete di concessionarie per vendere direttamente ai consumatori.

- **Integrazione verticale all'indietro:** Questo si verifica quando un'azienda controlla le fasi precedenti della catena di produzione. Ad esempio, un produttore di abbigliamento che acquisisce o controlla le aziende che producono i tessuti o i materiali da cui derivano i suoi prodotti.

L'obiettivo dell'integrazione verticale può essere quello di ottenere un maggiore controllo sulla qualità, ridurre i costi, migliorare l'efficienza, stabilizzare l'approvvigionamento di materie prime o migliorare il coordinamento e la comunicazione tra le diverse fasi della catena di valore. Tuttavia, l'integrazione verticale può anche portare a sfide come la gestione complessa di diverse attività e la potenziale limitazione delle opzioni di fornitura o vendita.

Nel contesto dei contratti di distribuzione e delle clausole di esclusiva menzionate, l'integrazione verticale può influire sulla dinamica delle relazioni tra le imprese coinvolte e sulla regolamentazione delle pratiche commerciali.

tra imprenditori operanti a diversi livelli della catena distributiva e coinvolge diversi stadi di produzione e commercializzazione, fino a raggiungere il consumatore finale.

L'esclusiva, in linea generale, è una clausola presente negli accordi verticali (*id est*: tra soggetti che operano a differenti livelli della catena produttivo-distributiva). Questa clausola mira a rafforzare la collaborazione e l'integrazione tra le parti coinvolte nell'accordo, con l'obiettivo di ottimizzare la distribuzione dei prodotti o servizi oggetto dell'accordo. Il diritto di esclusiva, quando è reciproco o bilaterale, implica che il produttore o fornitore si impegni a non assegnare la distribuzione dei propri prodotti a più distributori contemporaneamente nella stessa area geografica. Allo stesso tempo, il distributore si impegna a non trattare prodotti concorrenti nell'area specificata. Questi vincoli si estendono anche alla vendita diretta da parte del produttore e alla produzione di prodotti concorrenti da parte del distributore¹¹⁶.

L'obiettivo dell'esclusiva, specialmente quando è bilaterale è di creare un legame più stretto tra le parti per garantire una distribuzione ottimale dei prodotti e il successo delle rispettive attività imprenditoriali. Questa clausola è parte di un accordo di distribuzione più ampio e implica l'impegno di uno o entrambi i contraenti a non stipulare accordi simili con terze parti nella stessa zona e per un certo periodo di tempo. La zona può essere definita geograficamente o secondo altri criteri come canali distributivi, gruppi di clienti o categorie di potenziali clienti. L'esclusiva rappresenta un equilibrio tra l'incentivo all'integrazione e la limitazione della concorrenza per questo la sua liceità è molto discussa in materia antitrust. Entrambe le parti accettano di limitare la propria iniziativa economica all'interno di una zona specifica e per un periodo di tempo definito, solitamente corrispondente alla durata del contratto. Tuttavia, le clausole di esclusiva non sono soggette alle stesse restrizioni dell'articolo 2596 del codice civile¹¹⁷ riguardo a forma, durata e contenuto, grazie alla loro natura accessoria¹¹⁸.

¹¹⁶ Cfr: AGCM, Bollettino n. 22 del 13 giugno 2022, in <https://www.agcm.it/docmsdoc/bollettini/2022/22-22.pdf>, paragrafi 20 e ss.

¹¹⁷ Art. 2596 c.c. dispone che: "Il patto che limita la concorrenza deve essere provato per iscritto. Esso è valido se circoscritto ad una determinata zona o ad una determinata attività, e non può eccedere la durata di cinque anni. Se la durata del patto non è determinata o è stabilita per un periodo superiore a cinque anni, il patto è valido per la durata di un quinquennio".

¹¹⁸ Come sostenuto da Cass. 04/02/00 n. 1238.

Un aspetto peculiare dell'esclusiva è che essa è **facoltativa** e non vincolante, quindi può essere derogata dalle parti. Sebbene sia una clausola naturale in certi tipi di contratti come quelli di agenzia, non è sempre necessaria o essenziale per la struttura dell'accordo. In alcune situazioni, come nelle concessioni di vendita o nel franchising, l'esclusiva diventa una contropartita per gli investimenti richiesti al concessionario o al franchisee, giustificando una protezione territoriale, sebbene non assoluta.

Per quanto riguarda la durata dell'esclusiva, essa è generalmente legata alla durata del contratto principale. Tuttavia, può anche persistere dopo la conclusione del contratto, ma in questo caso diventa un patto di non concorrenza post-contratto e viene valutata diversamente in quanto l'accessorietà necessaria non è più presente. Inoltre, l'efficacia dell'esclusiva riguarda solo le parti coinvolte nell'accordo e non coinvolge terze parti estranee agli obblighi reciproci assunti dai contraenti nel contratto¹¹⁹.

Dal punto di vista normativo, l'esclusiva è regolamentata in due tipi di contratti tipici: il contratto di somministrazione (articoli 1559 e successivi del codice civile) e il contratto di agenzia (articoli 1742 e successivi del codice civile).

Nel **contratto di somministrazione**, il diritto di esclusiva può essere previsto sia a favore del fornitore (anche chiamato somministrante, ai sensi dell'articolo 1567 del codice civile) che a favore del ricevente delle forniture (il somministrato, come definito dall'articolo 1568 del codice civile).

Nel primo caso, il somministrato si impegna a non ottenere servizi simili da terzi o a produrre autonomamente ciò che è oggetto del contratto. Tuttavia, è possibile derogare a questo divieto.

Nel caso in cui l'esclusiva sia prevista in favore del ricevente delle forniture, il somministrante non può fornire o far sì che vengano forniti, direttamente o indirettamente, nella zona definita dal contratto e durante la durata di quest'ultimo,

¹¹⁹ Tale conseguenza deriva dall'art. 1372 c.c. che attribuisce al contratto forza di legge, ma esclusivamente tra le parti.

In questo senso:

BALDI con la collaborazione di Venezia, Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising., 7^a ed. 2001, pp. 72 e ss.;

FERRI, Esclusiva (Patto di), in *Noviss. Dig. It.*, vol. VI, 1964, p. 692.

BONASI - BENUCCI, Esclusiva (clausola di), in *Enc. dir.*, vol. XV, 1964, 377 e ss.

servizi simili a quelli oggetto dell'accordo.

Parallelamente, se il ricevente gode dell'esclusiva, potrebbe essere responsabile per il mancato adempimento dell'obbligo di promuovere attività promozionali nella zona, indipendentemente dal raggiungimento della quantità minima di acquisti concordata.

Nel **contratto di agenzia**, la definizione codicistica del diritto di esclusiva implica che il mandante (cioè colui che concede l'incarico) si impegni a non conferire lo stesso incarico a diversi agenti nella stessa zona e per la stessa attività. Allo stesso modo, l'agente si impegna a non accettare incarichi concorrenti per la stessa zona e la stessa attività. Il divieto imposto al mandante (ove applicabile) comprende qualsiasi tipo di attività nella zona, sia attraverso altri collaboratori o dipendenti, sia tramite filiali o punti vendita diretti.

Sia nel contratto di somministrazione che in quello di agenzia, la disciplina dell'esclusiva è di natura **facoltativa e non vincolante**, e quindi può essere derogata dalle parti. Sebbene l'esclusiva sia una parte naturale dei contratti di agenzia, la sua presenza non è necessaria o essenziale per la validità e l'efficacia del contratto e ciò è stato confermato, altresì, dalla giurisprudenza¹²⁰. Pertanto, le parti possono stipulare un contratto di agenzia con o senza esclusiva bilaterale o unilaterale, secondo le loro preferenze.

Per quanto riguarda la deroga all'esclusiva, la giurisprudenza ha evoluto da una posizione inizialmente rigida, che richiedeva una deroga esplicita, a un atteggiamento più flessibile che riconosce la possibilità di dedurre la deroga anche in modo implicito dalla natura del rapporto, dalle regole stabilite nel contratto o dal comportamento delle parti.

La nozione di "stesso ramo di attività" è rilevante per stabilire quando si verifica una violazione dell'esclusiva. La giurisprudenza¹²¹ ha chiarito che la concorrenza non deve necessariamente riguardare la stessa identità dei prodotti, ma può essere basata sul fatto che i prodotti siano rivolti a una clientela potenzialmente comune.

¹²⁰ Vedi Cass. 24/07/99 n. 8053.

¹²¹ Vedi Cass. 13/12/99 n. 13981.

La clausola di esclusiva ha efficacia solo tra le parti coinvolte nel contratto, e non coinvolge terze parti.

Il patto e le clausole di esclusiva sono generalmente considerati validi, ma esistono situazioni in cui la loro imposizione potrebbe essere considerata illecita in base alle normative antitrust e alle regole contro l'abuso di dipendenza economica comportando un abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE.

In ossequio al Regolamento UE 2022/720 relativo agli accordi verticali tra imprese, gli accordi di fornitura esclusiva possono essere esenti da divieti antitrust o soggetti a esenzione se la quota di mercato del fornitore e dell'acquirente non supera il 30%. La comunicazione della Commissione europea 2022/C 248/01 fornisce orientamenti specifici per valutare tali accordi, anche nel caso in cui superino la soglia del 30% di quota di mercato.

Inoltre, in base alla normativa italiana (articolo 9 della legge n. 192/1998), indipendentemente dalle soglie di mercato, l'imposizione di esclusiva su un'impresa fornitrice in un accordo di produzione sbilanciato a favore di un'impresa acquirente più grande potrebbe essere considerata come un segnale di dipendenza economica da parte dell'impresa fornitrice. La dipendenza economica si verifica quando un'impresa è in grado di creare un notevole squilibrio tra diritti e doveri nelle relazioni commerciali con un'altra impresa. L'abuso di dipendenza economica è vietato dalla legge e qualsiasi patto o clausola che promuova tale abuso è nullo.

Riportando l'analisi al caso in esame la società Unilever ha stipulato alcuni contratti con i propri clienti che includono una clausola in base alla quale il cliente si impegna a garantire l'**esclusiva merceologica** nell'approvvigionamento dei Prodotti. Queste clausole, note come "**clausole di esclusiva merceologica**", sono una forma di accordi di esclusiva all'interno dei contratti e rappresentano impegni accessori, ma non indispensabili. Spesso riscontrate nella prassi commerciale, tali clausole richiedono al cliente di non acquistare, commercializzare o trattare prodotti in concorrenza con quelli oggetto del contratto.

Le relazioni di esclusiva possono comportare una preclusione anticoncorrenziale, in particolare quando si verifica una pressione concorrenziale considerevole sui

competitors non presenti nel mercato al momento della firma degli accordi o incapaci di soddisfare pienamente le esigenze dei clienti

L'effetto preclusivo degli accordi di esclusiva è influenzato da fattori temporali. Sebbene gli abusi siano più evidenti nei contratti a lungo termine, non è escluso che anche un accordo di esclusiva di breve durata possa avere effetti anticoncorrenziali. Perché un accordo costituisca un abuso, non è obbligatorio che l'esclusiva sia esplicitamente stabilita. Può sussistere, infatti, anche l' "esclusiva di fatto", in cui il rapporto contrattuale tra un operatore dominante e l'acquirente contiene disposizioni che rendono difficile o addirittura impossibile per l'acquirente ottenere forniture da altri operatori.

In virtù di quanto esposto le clausole di esclusiva merceologica nei contratti possono sollevare preoccupazioni anticoncorrenziali, specialmente quando impediscono l'accesso al mercato da parte di nuovi concorrenti o quando sono tali da limitare abusivamente la libera concorrenza. La loro validità dipende dalla normativa antitrust e dalle norme contro l'abuso di posizione dominante.

Nel caso di specie la società Unilever solleva delle obiezioni riguardo alla metodologia utilizzata dall'Autorità nella sua conclusione riguardante l'incidenza dell'esclusiva merceologica rappresentando "non meno del 60%" della clientela complessiva di Unilever in termini di fatturato complessivo.

In primo luogo Unilever sostiene che l'analisi rilevante dovrebbe, invece, concentrarsi sulla "percentuale di vendite totali sul mercato rilevante interessata dal comportamento" e non sulla quota di clienti.

In secondo luogo, Unilever respinge l'attribuzione a lei imputata delle condotte dei concessionari.

Invero, per quanto riguarda i clienti-concessionari, Unilever afferma che non è a conoscenza delle condizioni economiche applicate dai concessionari e che non può essere ritenuta responsabile direttamente per di esse.

La società, quindi, afferma che non esiste prova che applichi l'esclusiva in modo selettivo. L'analisi economica effettuata indica che sia i clienti con contratti di esclusiva merceologica, sia quelli senza esclusiva godono dello stesso livello di sconto.

Inoltre, Unilever sostiene di non essere un partner commerciale indispensabile per i clienti. I principali concorrenti di Unilever come Sammontana e Nestlé sono in grado di soddisfare l'intera domanda dei clienti. C'è un alto tasso di rotazione dei clienti tra i principali fornitori, compresa Unilever. Inoltre, più della metà dei punti vendita che commercializzano gelato confezionato in Italia non si riforniscono da Unilever.

In conclusione, Unilever ritiene che l'inclusione di clausole di esclusiva, una pratica normale nel mercato derivante dalle esigenze dei rivenditori, non sia in grado di causare effetti preclusivi sul mercato di per sé. Unilever sostiene che solo l'offerta di sconti e compensi irripetibili da parte sua, non replicabili dai concorrenti altrettanto efficienti, potrebbe avere effetti preclusivi significativi secondo l'articolo 102 del TFUE.

In conclusione, mentre le clausole di esclusiva (comprese quelle di esclusiva merceologica) sono spesso valide e utilizzate nella prassi, è importante considerare le leggi antitrust e le norme contro l'abuso di dipendenza economica al fine di valutare attentamente se l'imposizione dell'esclusiva è conforme alla normativa vigente. È compito dell'Autorità valutare in base al mercato rilevante e alle condotte in concreto poste in essere se si ravvisano i presupposti per il configurarsi di pratiche abusive anticoncorrenziali.¹²²

Le clausole di "*cabinet exclusivity*" o di esclusiva delle attrezzature sono tipicamente presenti in accordi commerciali, in particolare nei settori dei prodotti di lusso, dell'abbigliamento e degli accessori. Queste clausole impongono ai rivenditori o distributori l'obbligo di dedicare uno spazio "esclusivo" o un "cabinet" all'esposizione e alla vendita dei prodotti di un particolare marchio o fornitore. Inoltre, il cliente si impegna ad utilizzare le attrezzature (ossia il cabinet necessario per la conservazione dei gelati nel caso in esame) fornite in comodato d'uso esclusivamente per la conservazione dei prodotti.

L'obiettivo di queste clausole è quello di garantire una presentazione elegante e distintiva dei prodotti del marchio in questione, creando un'atmosfera raffinata e

¹²² Le considerazioni e le analisi del presente paragrafo sono tratte da: <https://www.studiolegaleriva.it/public/franchising-esclusiva>.

coerente con l'immagine di lusso o di alta qualità associata a tali marchi. Tali clausole possono anche essere utilizzate per creare una sorta di "*corner*" dedicato all'interno di un negozio, fornendo un'esperienza di acquisto più esclusiva per i clienti.

Dal punto di vista del diritto antitrust, le clausole di "*cabinet exclusivity*" possono sollevare alcune preoccupazioni in relazione alla concorrenza. In particolare, ciò potrebbe verificarsi se tali clausole limitano la capacità dei rivenditori di offrire prodotti di marchi concorrenti o di nuovi entranti all'interno del loro spazio dedicato¹²³. Questo potrebbe avere l'effetto di ostacolare la concorrenza e limitare le scelte dei consumatori.

Le norme antitrust, sia a livello europeo che nazionale, valutano attentamente queste clausole per determinare se possano costituire una restrizione alla concorrenza in violazione delle leggi antitrust. In generale, le clausole di "*cabinet exclusivity*" potrebbero essere considerate anticoncorrenziali se limitano la capacità dei rivenditori di offrire prodotti di marchi concorrenti o se impediscono l'ingresso di nuovi prodotti sul mercato.

Tuttavia, non tutte le clausole di "*cabinet exclusivity*" sono necessariamente considerate anticoncorrenziali. Le autorità antitrust esaminano caso per caso, prendendo in considerazione diversi fattori, come la posizione di mercato delle parti coinvolte, il grado di restrizione imposto dalla clausola, l'effetto sulle alternative di scelta dei consumatori e altri fattori pertinenti.

Le clausole di esclusiva e la "*cabinet exclusivity*" sono concetti interconnessi ma presentano notevoli **differenze** tra di loro¹²⁴.

Le clausole di esclusiva si riferiscono a disposizioni presenti in accordi o contratti in cui un'azienda impone all'altra parte (ad esempio un rivenditore, un distributore o un cliente) l'obbligo di acquistare o vendere esclusivamente i suoi prodotti o servizi, escludendo quelli dei concorrenti. Queste clausole possono trovarsi in

¹²³ Basti pensare alle dimensioni di un punto vendita. Nel caso di esigue dimensioni è complesso per l'esercente commerciale vendere altri prodotti oltre a quelli oggetto delle clausole di esclusiva.

¹²⁴ L'autorità garante della concorrenza e del mercato, adunanza già citata, paragrafo 2.5.4 e ss.

contratti di distribuzione, accordi di fornitura o licenze. Per esempio, un produttore di dispositivi mobili potrebbe stipulare un accordo di esclusiva con un rivenditore, costringendolo a commercializzare solo i suoi dispositivi e non quelli dei suoi concorrenti. Questa restrizione può limitare le opzioni dei consumatori e ostacolare la concorrenza, poiché altri concorrenti potrebbero faticare ad accedere al mercato attraverso quel particolare rivenditore.

Le clausole di "*cabinet exclusivity*", invece, rappresentano una *species* delle clausole di esclusiva. Le stesse si concretano quando un'azienda richiede ai suoi rivenditori o distributori di esporre (nei *cabinet* dedicati) esclusivamente i suoi prodotti (spesso definiti come prodotti "must-have" o principali) e di escludere quelli dei concorrenti.

In pratica, l'azienda impone una restrizione più rigida rispetto alle clausole di esclusiva standard, limitando la gamma di prodotti che il rivenditore può offrire e garantendo che soltanto i prodotti dell'azienda siano presenti nella propria esposizione.

In altre parole, le clausole di esclusiva riguardano restrizioni che limitano la capacità di rivenditori o distributori di commercializzare prodotti di altre aziende, mentre la "*cabinet exclusivity*" è una specifica forma di clausola di esclusiva in cui l'azienda obbliga il rivenditore a esporre e conservare solo i suoi prodotti nei *cabinet* dedicati (e concessi in comodato o in noleggio a prezzi favorevoli) e a non proporre quelli dei concorrenti, con conseguente riduzione delle opzioni per i consumatori e della competizione nel mercato.

Con particolare riguardo al caso in analisi, nei contratti stipulati tra Unilever e la clientela è prevista l'applicazione dell'esclusiva delle attrezzature, tra cui rientra la cosiddetta "*cabinet exclusivity*". Questa pratica è ampiamente diffusa e sembra anche che i clienti (che hanno avuto accordi anche verbali tramite i concessionari) siano vincolati all'utilizzo esclusivo dei freezer forniti in comodato d'uso e brandizzati Algida.

L'importanza strategica del rispetto della "*cabinet exclusivity*" è dimostrata dai seguenti fatti:

- Inizialmente, Unilever ha richiesto che i clienti, specialmente i punti vendita non soggetti a esclusiva merceologica, rispettassero le restrizioni imposte dalla "*cabinet exclusivity*", impedendo la presenza dei prodotti concorrenti nei freezer.

- Si forniva uno sconto di fine anno in favore dei clienti che rispettavano pedissequamente le clausole in esame e minacciandone la sospensione nel caso in cui fosse stato rilevato un uso non conforme dei freezer brandizzati Algida. Ciò si evince da una lettera inviata nel 2014 da un concessionario Unilever a tutti i clienti della zona.

La pratica più generale dell'utilizzo esclusivo dei freezer in comodato d'uso per conservare i propri gelati ha portato anche i produttori che offrono solo una parte della gamma di gelati a distribuire propri piccoli frigoriferi, come avvenuto con le società "La Bomba" e "Mars".

In ordine alle contestazioni mosse dall'Autorità la società Unilever, in primo luogo, respinge l'attribuzione delle clausole di "*cabinet exclusivity*" incluse nei contratti tra i concessionari e i rivenditori al dettaglio.

In secondo luogo, riguardo ai clienti con spazio limitato nei loro punti vendita, sostiene che la clausola non causa effetti preclusivi, in quanto sono i clienti stessi a preferire un fornitore unico a più fornitori. I clienti di maggiori dimensioni, invece, hanno spazio sufficiente per ospitare più freezer e, quindi, possono intraprendere accordi commerciali con più imprese.

La società aggiunge, inoltre, che gli uffici dell'Autorità avrebbero dovuto considerare l'esistenza di benefici in termini di efficienza a vantaggio dei consumatori.

La "*cabinet exclusivity*" garantisce ai fornitori di gelato un ritorno adeguato sugli investimenti per i cabinet distribuiti in numerosi punti vendita. Considerando la bassa redditività del gelato condizionato monodose per gli esercenti e la necessità di avere più punti vendita dotati di appositi cabinet per consentire ai consumatori di avere più possibilità di reperire il prodotto, la clausola di *cabinet exclusivity* garantisce ai fornitori un adeguato ricavo sui costi sostenuti per la fornitura di cabinet.

In assenza di tale incentivo, i fornitori potrebbero subire il c.d. *free riding*¹²⁵ e potrebbero essere meno disposti a fornire gratuitamente i frigocongelatori, danneggiando così i consumatori. Infatti, nel caso in cui i costi dei freezer ricadessero sugli esercenti stessi il numero di punti vendita con i cabinet diminuirebbe, così come l'offerta di gelato confezionato, portando a un aumento dei prezzi al dettaglio dei gelati confezionati per coprire i costi dei freezer.

In conclusione, le clausole di "*cabinet exclusivity*", diffuse nella prassi, sono ritenute lecite e la loro opposizione a contratti può arrecare vantaggi sia ai fornitori che ai clienti. Le stesse possono, inoltre, contribuire alla creazione di un'immagine di lusso e di alta qualità per alcuni marchi. Occorre, però, che le stesse siano valutate attentamente dal punto di vista antitrust dalle Autorità competenti per evitare potenziali problemi di restrizione alla concorrenza e di abusi di posizione dominante tenendo conto delle condotte poste in essere in concreto nonché del mercato rilevante.

2.2.7 Il Coordinamento contrattuale rispetto alla concessione in vendita di prodotti

L'analisi della controversia mette in evidenza la possibilità di configurare un abuso di posizione dominante anche quando un'azienda agisce "indirettamente" attraverso la pratica della **concessione in vendita dei propri prodotti**. Il termine "concessione in vendita" nell'ambito dell'antitrust si riferisce al processo in cui un'impresa (il "concedente") offre a un'altra azienda (il "concessionario") il diritto di vendere i propri prodotti o servizi in specifiche aree geografiche o canali di distribuzione. Questo approccio, se impiegato impropriamente, potrebbe compromettere la concorrenza o limitare l'accesso a concorrenti, generando il rischio di creare un'unica entità economica.

¹²⁵ Il termine "*free riding*" si riferisce a una situazione in cui un individuo o un'entità beneficia degli sforzi, delle risorse o dei vantaggi offerti da altri, senza contribuire in modo equo o adeguato a tali sforzi o costi. In altre parole, il *free riding* si verifica quando qualcuno trae vantaggio da un'attività o da un'opportunità senza affrontare i costi o gli sforzi associati ad essa. Questo termine è spesso utilizzato in economia, finanza e contesti di comportamento sociale per descrivere situazioni in cui alcuni attori sfruttano i benefici generati da altri senza fare la loro parte in termini di contributi o partecipazione.

Nel caso in esame l'abuso oggetto di contestazione nei confronti di "Unilever" deriva da azioni attuate non direttamente dall'azienda, ma piuttosto da distributori indipendenti dei suoi prodotti, i quali hanno imposto clausole di esclusiva ai gestori dei punti vendita. In questa prospettiva, risulta chiara l'importanza per Unilever di dimostrare l'assenza di un'**unica entità economica** con le società distributrici, che concretamente hanno messo in atto l'abuso oggetto di contestazione da parte dell'AGCM.

La situazione in questione coinvolge un'ipotesi di **coordinamento contrattuale** tra Unilever e i suoi concessionari di vendita. La natura e l'intensità di questo legame strutturale rappresentano un elemento centrale della controversia poiché potrebbero determinare se le parti coinvolte costituiscano un'unica entità economica ai fini dell'antitrust e, conseguentemente, se si concretizzi un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE.

In pratica, individuare indicatori e rilevatori della struttura di collegamento che dovrebbe sussistere tra produttore e intermediari per configurare un'unica entità economica risulta compito arduo.

I rapporti di collaborazione commerciale, come quelli tra Unilever e i concessionari, riflettono il cambiamento in atto nel panorama aziendale verso un modello di rete, dove determinate fasi distributive o produttive sono separate dalle grandi imprese. Il legislatore nazionale ha risposto a questa evoluzione con normative specifiche, come quelle che disciplinano il franchising o l'affiliazione commerciale, al fine di regolamentare le collaborazioni tra aziende di diverse dimensioni.

Al contrario, la concessione di vendita rappresenta una fattispecie atipica nell'ordinamento italiano, definendosi un contratto innominato con una funzione di scambio e collaborazione tra le parti. Questi **rapporti di collaborazione commerciale**, tra cui la concessione di vendita, rappresentano una modalità di interazione tra aziende che implica un certo grado di ingerenza del concedente nell'attività del concessionario. In questo tipo di contratto, il concessionario acquisisce i prodotti da vendere e li rivende a terzi, ottenendo un profitto dalla differenza tra il prezzo di acquisto e quello di rivendita. Il concessionario di vendita si assume il rischio finanziario collegato all'acquisto dei prodotti (a differenza di

quanto avviene nei contratti di agenzia), avendo come compito principale la promozione e la vendita dei prodotti stessi.

In conclusione, nonostante la presenza di un certo grado di interferenza da parte del concedente nei rapporti di collaborazione commerciale, ciò da solo non è sufficiente a qualificare i soggetti coinvolti come parte di un'unica entità economica. Questi contratti spesso regolamentano una specifica forma di divisione del lavoro tra grandi imprese e aziende di dimensioni medio-piccole, talvolta nel contesto di "affidamenti in outsourcing". In queste situazioni, sebbene ci sia una certa interferenza, i concessionari rimangono imprenditori autonomi, con la responsabilità dei propri costi e rischi.

Per determinare l'esistenza di un'unica entità economica, non è sufficiente che ci sia un'influenza determinante da parte di un'impresa. È richiesto, infatti, qualcosa in più. In particolare, occorre dimostrare l'esistenza di un **collegamento "gerarchico"** tra le due società, tipicamente regolato da un contratto di direzione e coordinamento. Tale attività richiede che il concedente eserciti un'influenza determinante sulle decisioni gestionali del concessionario, influenzando le scelte strategiche e operative dell'azienda. In assenza di tali condizioni, si tratta semplicemente di un coordinamento finalizzato a generare sinergie tra aziende diverse.

L'attuale definizione dei parametri valutativi per determinare l'esistenza di un'unica entità economica è ancora oggetto di discussione e interpretazione. In alcuni pronunciamenti, la Corte di Giustizia afferma che l'elemento chiave per determinare se un intermediario è un operatore economico indipendente risiede nel suo **assorbire i rischi finanziari e commerciali** associati alla vendita di merci a terzi. Gli intermediari possono perdere lo *status* di operatori economici indipendenti solo quando non sopportano alcun rischio derivante dai contratti negoziati o conclusi per conto del mandante, agendo come ausiliari integrati nell'azienda.

Indi per cui, la qualificazione di "unica entità economica" risulta ancora incerta e dipendente dalle circostanze specifiche di ogni caso.

La Corte di Giustizia dovrebbe fornire una maggiore chiarezza in merito per garantire l'applicazione corretta del diritto antitrust.

Nel caso specifico della relazione tra Unilever e i suoi concessionari, manca una forma di controllo diretto da parte di Unilever su questi ultimi. Pertanto, per stabilire se esista un'unica entità economica formata da Unilever e i suoi concessionari, è necessario basarsi su legami economici, organizzativi e giuridici solidi, dimostranti un'influenza effettiva e determinante l'uno sull'altro in termini di decisioni commerciali e comportamenti di mercato.

La società Unilever insiste sul fatto di non avere accesso al contenuto degli accordi tra i concessionari e i loro clienti (con alcune eccezioni sebbene non rilevanti per il caso in esame) e afferma che i concessionari hanno piena libertà nella definizione dei contenuti dei contratti con la clientela. Inoltre, i concessionari non si limitano esclusivamente alla distribuzione dei prodotti Unilever, poiché una parte significativa delle loro entrate deriva dalla vendita di prodotti di altre aziende. La Unilever evidenzia, quindi, che i concessionari hanno autonomia nella determinazione dei prezzi di rivendita e che essa stessa fornisce solo suggerimenti sui prezzi di vendita dei gelati.

In sintesi, la Unilever sostiene nella propria difesa che i concessionari agiscono in modo indipendente e autonomo nella definizione dei loro accordi con i clienti e nella gestione delle proprie attività, dimostrando l'assenza di direzione gerarchica o interferenza diretta da parte della Unilever nelle loro scelte commerciali.

Le obiezioni avanzate dalla Unilever rispetto alla decisione e alla conseguente sanzione pecuniaria sono valide. La giurisprudenza complessa in materia, le diverse interpretazioni dell'AGCM su casi simili, il ruolo di Unilever nel mercato e la mancanza di criteri chiari e precisi riguardo al concetto di "unica entità economica" creano un'incertezza nella situazione. Pertanto, è necessario definire in modo analitico indicatori sostanziali che consentano una valutazione ragionevole della controversia in esame.

2.2.8 Quesiti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Il Consiglio di Stato interpellato dalla società ricorrente sostiene che le questioni interpretative e le contestazioni esposte assumono una portata decisiva ai fini della risoluzione della controversia e non risultano attualmente affrontate in modo

univoco dalla Corte di Giustizia.

In virtù di ciò emerge la necessità di sottoporre la questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'articolo 267 del TFUE.

Nell'ordinamento dell'Unione Europea, che non dispone di un proprio sistema di tutela giurisdizionale, è attribuita a questo meccanismo di "coordinamento" il compito di assicurare l'applicazione e l'interpretazione uniforme delle norme di derivazione europea e di supportare il lavoro dei giudici nazionali¹²⁶.

Di conseguenza il Giudice amministrativo formula alla Corte di Giustizia i seguenti quesiti:

1. Al di fuori dei casi di controllo societario, occorre comprendere quali criteri sono rilevanti per determinare se il coordinamento contrattuale tra operatori economici formalmente autonomi e indipendenti conduca ad un'unica entità economica ai sensi degli articoli 101 e 102 del TFUE.

In particolare è necessario comprendere se l'ingerenza nei confronti delle scelte commerciali di un'altra impresa (tipica fattispecie nei rapporti di collaborazione tra produttore e intermediari della distribuzione) può essere considerata sufficiente per qualificare tali soggetti come parte della stessa unità economica oppure se è richiesto un legame "gerarchico" tra le imprese stesse (come potrebbe emergere da un contratto in base al quale più società autonome si sottopongono all'attività di direzione e coordinamento di una di esse). In tal caso, occorre comprendere se è necessario che l'Autorità di vigilanza dimostri la presenza di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo che influenzino le decisioni gestionali dell'impresa, come scelte strategiche, operative, finanziarie e industriali.

2. Si interroga la CGUE in ordine alla valutazione dell'esistenza di un abuso di posizione dominante e, quindi della violazione dell'art. 102 TFUE, attraverso l'apposizione di clausole di esclusiva.

In particolare si chiede se la norma deve essere interpretata nel senso che

¹²⁶ Cfr. ad esempio: Corte di Giustizia UE, 27 febbraio 2018, C-64/16, Associação Sindical dos Juízes Portugueses c. Tribunal de Contas, par. 32.

l'Autorità di concorrenza, in relazione a dette clausole, è tenuta a verificare l'effetto escludente dal mercato di concorrenti altrettanto efficienti. Inoltre, è necessario comprendere se l'Autorità deve esaminare in modo dettagliato le analisi economiche presentate dalla parte ricorrente in merito alla reale capacità delle condotte contestate di escludere dal mercato concorrenti altrettanto efficienti.

Ulteriore dubbio sorge in relazione alle clausole di esclusiva escludenti o alle condotte caratterizzate da diverse pratiche abusive (come sconti fidelizzanti e clausole di esclusiva), dove si interroga la Corte in ordine alla sussistenza di un obbligo giuridico per l'Autorità di basare l'accusa di illecito antitrust sul criterio del concorrente altrettanto efficiente.

Tali quesiti sono formulati in base alla necessità di ottenere chiarezza e uniformità nell'interpretazione delle norme europee in materia di concorrenza e della loro applicazione nel contesto della controversia attuale.

È opportuno precisare che a seguito della sentenza della CGUE in materia di rinvio pregiudiziale il procedimento procede a livello nazionale o presso il giudice nazionale che ha sollevato la questione. Il rinvio pregiudiziale è un meccanismo attraverso il quale un Giudice nazionale può chiedere alla CGUE di fornire interpretazioni o chiarimenti sulle norme dell'Unione Europea che sono rilevanti per il caso in esame. La CGUE non si pronuncia sulla questione sostanziale del caso, ma fornisce, invece, indicazioni sull'interpretazione del diritto dell'UE.

Dopo che la CGUE ha emesso la sua decisione di rinvio pregiudiziale, il Giudice nazionale che ha sollevato la questione applicherà l'interpretazione fornita dalla CGUE alle circostanze specifiche del caso nazionale. In altre parole, il giudice nazionale userà le indicazioni della Corte per giungere a una decisione nel caso specifico. Questo processo può comportare la risoluzione del caso in conformità con l'interpretazione dell'UE fornita dalla CGUE.

In generale, il procedimento di rinvio pregiudiziale ha l'obiettivo di garantire un'applicazione uniforme e coerente del diritto dell'UE in tutti gli Stati membri. La decisione della CGUE in un caso di rinvio pregiudiziale ha un impatto non solo sul

caso specifico, ma può anche avere implicazioni più ampie per l'interpretazione e l'applicazione del diritto dell'UE in situazioni simili in tutta l'Unione Europea¹²⁷.

2.3 Breve analisi di fattispecie similari

2.3.1 La sentenza “INTEL”: controversia e principi

Nell'analisi dell'applicazione dell'articolo 102 TFUE, la rilevanza attribuita agli effetti reali o potenziali sulla concorrenza deve essere valutata, nel caso di specie, in particolare alla luce della **sentenza INTEL** del 6 settembre 2017 nella causa C-413/14 P relativa agli sconti di fedeltà.

La società Intel (che detiene oltre il 70% della quota di mercato dei processori per computer) è stata accusata¹²⁸ di abuso di posizione dominante nel mercato dei processori e di violazione delle norme UE sulla concorrenza. Secondo la Commissione Europea la società aveva concesso sconti favorevoli a quattro produttori di computer a condizione che si rifornissero esclusivamente presso l'azienda. Inoltre, Intel aveva stabilito pagamenti favorevoli a un'azienda a condizione che vendesse solo computer con processori di sua produzione.

A parere dell'organo giudicante l'intento di questi sconti e pagamenti era quello di ottenere l'esclusiva per questi clienti (c.d. "**sconti esclusivi**") e di escludere i concorrenti dalla fornitura degli stessi prodotti. Su questa base, la Commissione ha imposto ammende fino a 1,06 miliardi di euro all'azienda statunitense per aver abusato della sua posizione dominante sul mercato mondiale dei microprocessori.

Il Tribunale di primo grado ha concluso che sconti di questo tipo sono **intrinsecamente anticoncorrenziali** e, quindi, non è necessario valutare il loro impatto effettivo o potenziale sulla concorrenza alla luce di tutte le circostanze del caso per stabilire la loro natura abusiva.

La sentenza INTEL ha stabilito che:

¹²⁷ Quanto precisato emerge dall'ordinanza del Consiglio di Stato (Sezione Sesta), in Camera di Consiglio del giorno 8 ottobre 2020, già citata, paragrafo 4.

¹²⁸ Decisione AGCM n. 06516/2018 REG.RIC.

- Costituisce un abuso di posizione di mercato dominante ex art. 102 TFUE la circostanza che un operatore con una posizione di mercato dominante vincoli un determinato acquirente con l'obbligo o l'impegno di rifornirsi esclusivamente da tale operatore per la totalità o la maggior parte delle sue esigenze (anche se richiesto spontaneamente da tale operatore). La violazione sussiste sia se l'obbligo in esame è imposto direttamente sia quando è imposto in cambio di uno sconto. Medesime conclusioni valgono nel caso in cui l'azienda applica un sistema di sconti sulle royalties¹²⁹, ossia mediante un accordo concluso con l'acquirente o unilateralmente senza vincolare l'acquirente con obblighi formali.

- È necessario, però, chiarire l'orientamento giurisprudenziale nel caso in cui le imprese interessate abbiano, nel corso del procedimento amministrativo e sulla base degli elementi di prova, dimostrato che il loro comportamento non aveva la capacità di limitare la concorrenza.
 In questi casi la Commissione, nel corso del procedimento amministrativo, è tenuta ad analizzare, in virtù degli elementi probatori prodotti, l'ampiezza della posizione dominante dell'impresa sul mercato pertinente nonché il tasso di copertura del mercato in relazione alle contrattazioni pattuite con gli altri operatori. Ancora, l'organo giudicante deve valutare le condizioni e le modalità di concessione degli sconti, la loro durata ed il loro importo nonché l'esistenza di strategie dirette ed efficaci tali da escludere dal mercato i concorrenti¹³⁰.

- L'analisi della capacità di escludere dal mercato è rilevante anche per valutare se, in linea di principio, un sistema di sconti che rientra nell'ambito del divieto dell'articolo 102 del TFUE possa essere oggettivamente giustificabile. Occorre valutare, inoltre, se eventuali effetti pregiudizievoli derivanti da un sistema di esclusione - che ha un effetto negativo sulla

¹²⁹ In base a un accordo stipulato con l'acquirente o unilateralmente un sistema di sconti sulle royalties, cioè il sistema di sconti fedeltà. Questi sono sconti condizionati al cliente, indipendentemente dal volume degli acquisti.

¹³⁰ V. per analoghe conclusioni la sentenza *Post Danmark*, già citata.

concorrenza - possono essere bilanciati o superati dai vantaggi in termini di efficienza che possono aversi anche in favore del consumatore¹³¹. Tale bilanciamento degli effetti favorevoli e sfavorevoli per la concorrenza può essere effettuato dalla Commissione solo nell'ambito di un'analisi delle capacità di esclusione dal mercato di concorrenti intrinseca alla pratica in oggetto. In virtù di ciò è ben possibile per l'impresa sanzionata dimostrare che le condotte poste in essere, invero, non violino la disciplina comunitaria antitrust in materia, ma la valutazione della fattispecie spetta alla Commissione che dovrà, dopo un'analisi analitica, appurare che la pratica posta in essere alteri oppure no in concreto la concorrenza escludendo dal mercato i concorrenti.

Nel caso in cui la Commissione conducesse un'analisi di questo tipo nella sua decisione di accertamento del carattere abusivo del sistema di sconti incomberà, poi, sul Tribunale il compito di esaminare tutti gli argomenti della parte ricorrente volti a rimettere in discussione la fondatezza delle contestazioni raggiunte dalla Commissione sul carattere abusivo della condotta.

Alla luce di quanto suesposto la Corte di Giustizia ha concluso che il Tribunale si era erroneamente astenuto, nella sua analisi della capacità degli sconti in questione, dal prendere in considerazione gli argomenti della Intel volti a evidenziare gli errori che la Commissione avrebbe commesso nella sua analisi della capacità di limitare la concorrenza¹³².

2.3.2 Comparazione con il caso Unilever

La difesa della società Unilever, citando la decisione Intel, lamenta che l'Autorità non ha analizzato gli effetti specifici della condotta dell'impresa.

¹³¹ Per una più analitica analisi V. sentenza del 15 marzo 2007, *British Airways/Commissione*, C 95/04 P, EU:C:2007:166, punto 86.

¹³² S. SANDRI, Il punto sui marchi di rinomanza dopo la sentenza Intel, in *Il Dir. Ind.*, 2/2009, pag. 116 e ss.

La mancata analisi degli effetti concreti della condotta di Unilever (e quindi l'assenza di effetti di esclusione nei confronti della società che si trova in un rapporto di pari efficienza con Unilever) e degli effetti pro – competitivi (sia in termini di maggiore diffusione del prodotto che di riduzione del prezzo per esercenti e consumatori) è un evidente errore da parte del Tribunale di merito in virtù di quanto affermato nella sentenza del caso Intel (ampiamente analizzato nel paragrafo precedente).

Di contraria opinione è l'AGCM la quale ritiene, invece, che i principi enunciati nella sentenza Intel non si applichino al caso in questione poiché trovano applicazione solo nei casi di sconti fidelizzanti, infatti, la condotta contestata a Unilever risiederebbe anche nella diffusa applicazione di clausole di esclusiva. Inoltre, l'Autorità ritiene che il c.d. "AECT" prodotto da Unilever è inidoneo a dimostrare l'assenza di effetti concorrenziali delle sue condotte poiché nessun test è in grado di analizzare una pluralità di pratiche abusive in simultanea.

Alla luce dell'analisi dei principi emersi dalla sentenza testé esposta, la difesa della società Unilever solleva la necessità di affrontare alcuni interrogativi fondamentali che saranno oggetto, tra gli altri, del rinvio alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea:

- Generalizzabilità dei principi della sentenza Intel: Occorre determinare se i principi enunciati nella sentenza Intel siano applicabili in modo più ampio, oltre la specifica fattispecie degli sconti di esclusiva o fidelizzanti. In altre parole, è necessario stabilire se tali principi possano essere estesi anche alla previsione di obblighi di esclusiva o a casi di condotte caratterizzate da una molteplicità di pratiche abusive. In tali casi, bisogna verificare se l'Autorità abbia l'obbligo giuridico di basare il proprio accertamento sulla nozione del concorrente altrettanto efficiente.
- Onere della prova in caso di studi e approfondimenti dell'impresa: Nel corso dell'istruttoria, nel caso in cui l'impresa coinvolta produca studi e approfondimenti utili a smentire l'effetto escludente contestato, è necessario chiarire se spetta all'Autorità dimostrare che le condotte oggetto di indagine

sono effettivamente idonee ad escludere dal mercato i concorrenti altrettanto efficienti. In altre parole, bisogna stabilire se l'Autorità ha l'obbligo di controprova e in quali casi o condizioni può escludersi la rilevanza del test AEC o degli studi prodotti dall'impresa. In particolare, è essenziale valutare la legittimità della valutazione dell'Autorità nel caso in cui essa escluda la rilevanza del test AEC o di studi simili riguardanti condotte analoghe a quelle oggetto di indagine, alla luce dei principi stabiliti nella sentenza Intel.

La sentenza Intel e i principi in essa enunciati offrono importanti spunti di riflessione in ordine alla possibilità per le imprese di provare mediante test AEC o studi analoghi che non vi sia offensività delle condotte poste in essere e, quindi, di provare che le clausole di esclusiva inserite in determinati contratti non configurano pratiche abusive.

Nel caso in cui i principi suddetti siano applicabili in analogia ad altre fattispecie ed in particolare al caso Unilever l'AGCM dovrebbe prendere in considerazione gli studi di settore presentati dalla società e rivalutare la controversia in coerenza rispetto alle precedenti conclusioni giurisprudenziali in materia antitrust. Indi per cui le contestazioni presentate dalla Unilever sono pertinenti al caso in esame e trovano un importante argomento a favore nei principi della sentenza INTEL.

2.3.3 La sentenza “SAGIT”: controversia e principi

La società Unilever espone, quale ulteriore argomento difensivo contro la sanzione imposta dall'AGCM, le conclusioni raggiunte nel precedente caso SAGIT che coinvolge la medesima società.

Nel passato, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha condotto un'indagine nei confronti di Sagit S.r.L (precedentemente nota come Unilever Italia S.p.a.) insieme ad altre tre grandi imprese attive nel mercato del gelato preconfezionato da impulso: Nestlé Italiana S.p.a., Sammontana S.r.L. e Gelati Sanson S.p.A. Queste quattro società detenevano il 98% del mercato del gelato da

impulso, indicando una notevole concentrazione di potere¹³³. Le stesse avevano adottato strategie di acquisizione di nuovi punti vendita come parte della loro immagine di marchio.

L'indagine dell'Autorità si è concentrata su un modello contrattuale presentato da Sagit il 3 luglio 2001 attraverso una comunicazione volontaria d'intesa. Questo modello prevedeva diverse clausole, come esclusive di prodotto, esclusive di punto vendita, clausole di esclusività per i freezer e altre condizioni contrattuali che la Sagit intendeva applicare nei rapporti con i propri rivenditori e con i punti vendita finali.

L'AGCM in data 31 ottobre 2001 avviava l'attività istruttoria per accertare se il modello presentato configurasse o meno un'intesa restrittiva della concorrenza e per verificare l'impatto complessivo sul mercato di contratti simili posti in essere dalle altre tre società¹³⁴.

Il modello contrattuale inizialmente proposto da Sagit (per una durata di cinque anni) si basava su alcuni tipi di clausole, come l'esclusività del prodotto¹³⁵, l'esclusività del punto vendita¹³⁶, l'esclusività del congelatore¹³⁷ e altre clausole contrattuali (come la nomina di un nuovo management in caso di cambio gestione - nei contratti Sagit e Sanson - e l'obbligo per i concessionari di ricevere le forniture sempre dallo stesso concessionario, solo nei contratti Sagit). Era prevista, inoltre, una penale per inadempimento degli obblighi contrattuali pari al 50% del fabbisogno.

¹³³ Quello in analisi è un mercato oligopolista. Questa forma di mercato risultava consolidata senza particolari modifiche subite dalle quote di mercato ed in cui l'ingresso di nuovi operatori era marginale.

¹³⁴ Per un'analitica analisi sulla disciplina delle intese di veda *M. TONI*, La sorte delle intese concluse prima dell'entrata in vigore della l. 287/90 e l'arbitrabilità degli accordi aventi ad oggetto la disciplina della concorrenza, in *Riv. dir. ind.*, 1997, p. 156 ss.

¹³⁵ Tali clausole prevedono un accordo fra produttore e concessionario/distributore, secondo cui quest'ultimo può vendere una sola marca di gelati ed in cambio gli viene assicurata l'esclusiva territoriale.

¹³⁶ Trattasi di accordi fra il produttore e i punti vendita, secondo cui questi ultimi sono vincolati alla distribuzione di gelati di un unico marchio ed a promuovere quanto più possibile la vendita di tale prodotto (utilizzando materiale pubblicitario e aderendo ad azioni promozionali). Il produttore in cambio si impegna a riconoscere uno sconto sull'acquisto dei prodotti e sconti quantità.

¹³⁷ *C.d. freezer exclusivity*: Accordi in virtù dei quali il produttore dà in comodato i frigocongelatori per la conservazione dei gelati e l'esercizio commerciale deve garantire l'utilizzo esclusivo di esse per quel prodotto.

Dopo aver comunicato i risultati dell'indagine alle parti coinvolte, Sagit ha apportato alcune modifiche al modello contrattuale il 3 dicembre 2002, eliminando alcune clausole e stabilendo un limite massimo del 50% per i punti vendita esclusivi.

In seguito alle valutazioni, l'AGCM ha concluso con la decisione numero 11662 del 30 gennaio 2003 che i contratti stipulati dalle quattro società non costituivano restrizioni alla concorrenza ai sensi dell'articolo 81 del Trattato CE, e che il modello contrattuale presentato da Sagit, nella sua forma modificata, non aveva violato l'articolo 2 della legge n. 287/90.

L'AGCM ha sostenuto la posizione delle quattro aziende coinvolte affermando che i contratti di esclusiva rappresentavano una **necessità organizzativa** per le imprese funzionali a garantire la qualità del prodotto e non impedivano l'ingresso di nuovi concorrenti nel mercato¹³⁸. Inoltre, l'esclusiva sui punti vendita è stata considerata un contratto bilaterale che comportava benefici e costi per entrambe le parti, senza ostacolare l'entrata di nuovi *competitor*. La clausola di esclusività per i freezer non è stata ritenuta restrittiva perché Sagit si era impegnata a non superare il limite del 50% dei punti vendita in esclusiva¹³⁹.

Il provvedimento numero 11662 dell'AGCM è stato oggetto della sentenza numero 5070/2007 del Consiglio di Stato, emessa il 13 luglio 2007 che ha riformato la precedente decisione di primo grado del TAR Lazio numero 1715/2004.

Nel procedimento di **primo grado**, le società ricorrenti avevano sollevato l'obiezione riguardante il mancato accertamento da parte dell'AGCM di un eventuale abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 3 della legge numero 287/1990 da parte di Sagit. Il TAR, in tale circostanza, aveva dichiarato inammissibile tale obiezione, poiché "nella specie l'omogeneità riscontrata nel mercato italiano del gelato da impulso industriale esclude(va) la presenza di un

¹³⁸ Si veda p. 16 ss. del provvedimento n. 11662 AGCM.

¹³⁹ L'Autorità ha ritenuto valida anche l'esclusiva sul subentro di nuovo gestore in caso di cambio gestione, data l'importanza di protezione degli investimenti del produttore da eventuali fenomeni di opportunismo della controparte (locked-in) e vista la durata breve dei contratti di comodato (1 anno).

operatore dominante [omissis]" e aveva confermato la correttezza dell'accertamento negativo dell'intesa nell'ambito del citato procedimento I487.

Il **Consiglio di Stato**, invece, ha riformato la sentenza di primo grado, annullando il provvedimento contestato dell'Autorità. Secondo il Giudice amministrativo, il provvedimento finale del caso I487 presentava un **vizio** afferente all'assenza di accertamenti istruttori e di valutazioni in merito alla posizione dominante. Questo perché tale posizione dominante "assume(va) un ruolo preliminare nella verifica della compatibilità dei modelli contrattuali adoperati da Sagit, in quanto faciliterebbe l'imposizione di contratti con clausole di esclusiva"¹⁴⁰. In particolare, il Giudice amministrativo osservava che era necessario stabilire se Sagit, anche grazie alla quota di mercato detenuta (50-60% in un settore altamente concentrato per il 98% tra quattro produttori), non possedeva una posizione dominante e se le varie tipologie contrattuali da essa adottate (che vincolavano in esclusiva il 30-40% dei punti vendita e del mercato totale in valore) potevano portare a un abuso di posizione dominante¹⁴¹.

Lo stesso Giudice evidenziava che tali obiezioni non relative al merito "non coinvolgono la discrezionalità tecnica dell'Autorità, a cui spettano gli accertamenti e le valutazioni pertinenti, previa adeguata istruttoria e con una motivazione sufficiente in merito all'assenza, da parte di Sagit s.r.l., della violazione degli articoli 3 della legge numero 287/1990 e 82 del Trattato CE"¹⁴². Nonostante ciò, l'Autorità ha deciso di non istruire nuovamente il caso dopo la decisione del Consiglio di Stato.

Indi per cui, la decisione del Consiglio di Stato riguardo la qualificazione giuridica della condotta posta in essere da Sagit come posizione dominante e ritenuta, stante il mercato rilevante, quale una condotta abusiva, potrebbe essere considerata corretta. Questo si può notare anche attraverso un confronto con il caso Unilever del dicembre 2017 oggetto della presente analisi.

¹⁴⁰ Cit. in sentenza TAR Lazio n. 1715/2004, p. 6.

¹⁴¹ Cit. in sentenza Consiglio di Stato n. 5070/2007, p. 11.

¹⁴² Cit. in sentenza Consiglio di Stato n. 5070/2007, p. 13.

Nella circostanza in esame, tutte le caratteristiche per una condotta di abuso di posizione dominante sembravano presenti: l'AGCM aveva limitato la sua analisi ai contratti stipulati da Sagit, per valutarli come potenziali intese finalizzate a restringere o falsare il meccanismo del mercato concorrenziale. Ciò avveniva in seguito a una comunicazione volontaria di intesa ai sensi degli articoli 4 e 13 della legge numero 287/1990, che aveva come oggetto un modello contrattuale da applicare nella vendita di gelati e che era stata inviata all'Autorità dalla società. Tuttavia, non si era analizzata la presunta posizione dominante di Sagit nel mercato di riferimento.

Infatti, in questa occasione la società deteneva effettivamente una posizione dominante. Dalla fase istruttoria descritta nel provvedimento numero 11662 emergeva che il settore interessato dagli accordi oggetto della comunicazione di Sagit, considerato anche come mercato rilevante per quanto riguardava la fattispecie di posizione dominante, era quello della produzione e commercializzazione di gelato da impulso industriale confezionato, tramite un insieme di punti vendita. Questo mercato aveva una dimensione geografica che coincideva approssimativamente con il territorio nazionale¹⁴³. In questo mercato, Sagit esercitava una posizione di leadership, con una quota di mercato in volume tra il 50% mentre soltanto il 2% risultava nelle mani di altre piccole imprese (come ad esempio GIS, Mars, Bindi, ecc.)¹⁴⁴.

Inoltre, in relazione alle clausole di esclusiva, è importante notare che alcune società¹⁴⁵, avevano avanzato l'argomento che l'esclusiva di vendita non rappresentava affatto una giustificazione per garantire la qualità dei prodotti, bensì costituiva piuttosto un modo per proteggere una quota di mercato e creare ostacoli

¹⁴³ Soprattutto i punti vendita del canale Horeca (termine usato per indicare la distribuzione di un prodotto presso hotel, ristoranti, trattorie, Pizzerie, bar e simili, catering). In pratica, il canale Horeca è rappresentato da chi, per professione, somministra alimenti e bevande mentre quello della grande distribuzione organizzata (GDO) o dei negozi è relativo a chi commercia alimenti e bevande. La stragrande maggioranza dei soggetti del mondo Horeca sono piccole o micro imprese.

¹⁴⁴ Nel 2001 le prime due imprese (Sagit e Nestlè) detengono oltre il 70% delle vendite complessive in volume e circa l'80% in valore, mentre l'indice di concentrazione relativo alle prime quattro imprese (Sagit, Nestlè, Sammontana, Sanson), misurato dal CR4, raggiunge circa il 98% sia in volume che in valore" cit. in Provvedimento n. 11662 AGCM, p. 3.

¹⁴⁵ Tra le più importanti: Bianchi, Stocchi, Ambrosiana Gelati ed altre minori.

alla penetrazione di altri attori¹⁴⁶. Pertanto, il comportamento adottato da Sagit avrebbe potuto indubbiamente produrre effetti negativi e anticoncorrenziali, specialmente per le imprese più piccole. Tuttavia, è da notare che la strategia escludente messa in atto da Sagit sembrava caratterizzata da un utilizzo meno esteso delle clausole di esclusiva merceologica e da un atteggiamento intimidatorio meno evidente rispetto alla condotta adottata da Unilever nel caso attuale.

Di rilievo sono, altresì, le conclusioni dell'audizione finale di Sammontana, tenutasi il 17 dicembre 2002. Dalle stesse emerge che Sagit deteneva una posizione dominante nel mercato di riferimento e, di conseguenza, attraverso la stipula di contratti con clausole di esclusiva, poteva abusare di tale posizione, violando così l'articolo 3 della legge numero 287/1990. Questo aspetto fornisce ulteriori elementi a sostegno della decisione del Consiglio di Stato che sottolineava la necessità di una valutazione più approfondita da parte dell'AGCM riguardo alla posizione dominante di Sagit e ai possibili abusi correlati.

In definitiva, la decisione del Consiglio di Stato sembrerebbe giustificata da un ragionamento logico-giuridico ben fondato, in quanto la presenza di elementi come la posizione dominante di Sagit nel mercato rilevante e le clausole di esclusiva nei contratti suggeriscono la possibilità di un'effettiva condizione di dominanza nel mercato da parte dell'operatore in questione.

In sintesi, il caso SAGIT solleva questioni importanti riguardo alla valutazione della posizione dominante di un'azienda nel mercato e all'interpretazione delle politiche di esclusiva e sconti di esclusiva in termini di preclusione per la concorrenza. La questione del legittimo affidamento sulla valutazione dell'Autorità e la dimostrazione di giustificazioni procompetitive per le politiche di esclusiva sono elementi chiave nel dibattito riguardante la presunta violazione dell'articolo 102 TFUE e l'applicazione di sanzioni.

Alla luce di quanto suesposto il richiamo alle argomentazioni del provvedimento SAGIT da parte della difesa della società UNILEVER non sono del tutto convincenti.

L'AGCM nel caso Sagit non ha preso in considerazione la sussistenza di una

¹⁴⁶ Cit. in Provvedimento n. 11662, p. 9.

posizione dominante, ma solo ed esclusivamente la legittimità di alcune clausole apposte a modelli contrattuali da sottoporre ai clienti. Vero che l'Autorità ha concluso in senso positivo anche per l'apposizione di clausole di esclusiva, ma è altrettanto vero che non ha posto in essere un'attenta attività istruttoria prendendo in considerazione la circostanza, non residuale, che la società Sagit, in concreto, assumeva una posizione dominante nel mercato di riferimento. In virtù di ciò è forse più opportuno non fondare gli argomenti difensivi della Unilever adducendo quale argomentazione una precedente decisione dell'Autorità tra l'altro già criticata dal Consiglio di Stato¹⁴⁷.

2.4 Orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Nella sentenza datata 19 gennaio 2023 relativa al caso C-680/20 riguardante Unilever Italia Mkt. Operations¹⁴⁸, la Corte di giustizia ha chiarito, in risposta al rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato Italiano proposto ai sensi dell'art. 267 TFUE, le modalità di attuazione del divieto di abuso di posizione dominante stabilito nell'articolo 102 del TFUE quando si tratta di un'impresa dominante il cui sistema di distribuzione si basa esclusivamente su accordi contrattuali. Inoltre, la sentenza delinea in questo contesto l'onere della prova che spetta all'Autorità nazionale responsabile della tutela della concorrenza.

Nello specifico i quesiti pregiudiziali affrontano l'interpretazione degli articoli 101 e 102 del TFUE (sebbene la CGUE risponderà solo in merito all'interpretazione della seconda norma, così come infra precisato) in relazione alla controversia tra Unilever e l'AGCM.

Nell'ambito del procedimento, si rileva che durante l'indagine, l'AGCM ha sostenuto di non essere tenuta a valutare gli studi economici presentati dall'Unilever per dimostrare che le pratiche oggetto dell'inchiesta non avevano effetti escludenti

¹⁴⁷ *LO CONTE R.*, Abuso di posizione dominante nel mercato concorrenziale: il caso Unilever dei gelati Algida”, 2018, da: https://www.diritto.it/abuso-posizione-dominante-nel-mercato-concorrenziale-caso-unilever-dei-gelati-algida/#_ftn64.

¹⁴⁸ Sentenza tratta da <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62020CJ0680>.

sui concorrenti altrettanto efficienti. Questo perché, secondo l'AGCM, tali studi risultano irrilevanti se sono presenti clausole di esclusiva, le quali, se impiegate da un'azienda con posizione dominante, sarebbero sufficienti a configurare un abuso di posizione dominante.

Di conseguenza, il 31 ottobre 2017, l'AGCM ha concluso che l'Unilever ha abusato della sua posizione dominante nel mercato dei gelati in confezioni individuali per l'consumo fuori casa, in violazione dell'articolo 102 TFUE. La decisione afferma che l'Unilever ha attuato una strategia di esclusione che ostacolava la crescita dei suoi concorrenti consistente nell'apposizione nei contratti, da parte dei distributori dell'Unilever, di **clausole di esclusiva** ai gestori dei punti vendita, obbligandoli a rifornirsi esclusivamente dall'Unilever per i gelati in confezioni individuali. In cambio, questi operatori ricevevano sconti e commissioni basati su condizioni di vendita specifiche. Questi incentivi miravano a mantenere i clienti legati all'Unilever e scoraggiarli dall'approvvigionarsi da concorrenti.

Due aspetti della decisione dell'AGCM del 31 ottobre 2017 sono rilevanti per il rinvio pregiudiziale:

1. Nonostante i comportamenti abusivi siano stati effettuati dai distributori dell'Unilever, l'AGCM ha ritenuto che tali comportamenti dovessero essere attribuiti all'Unilever stessa in quanto un'**entità economica unica**. L'Unilever avrebbe esercitato un certo grado di influenza sulla politica commerciale dei distributori, impedendo loro di agire in modo indipendente quando imponessero clausole di esclusiva ai punti vendita.

2. L'AGCM ha considerato che, date le **caratteristiche specifiche del mercato** e l'importanza dell'offerta nei punti vendita, l'Unilever abbia escluso o limitato la capacità dei concorrenti di competere sulla base dei meriti dei loro prodotti.

Di contro la società Unilever sostiene che non possa essere ritenuta responsabile dell'abuso in quanto i comportamenti sono stati compiuti dai distributori e che gli effetti non avrebbero compromesso la concorrenza. Il giudice nazionale, (*id est*: Consiglio di Stato) ha sollevato dubbi sull'interpretazione del diritto dell'Unione in risposta a queste obiezioni, sospendendo il procedimento e presentando alla Corte

di Giustizia dell'Unione Europea questioni pregiudiziali che verranno affrontate nei paragrafi successivi¹⁴⁹.

2.4.1 Prima questione pregiudiziale

La **prima questione pregiudiziale** riguarda i criteri che devono essere considerati per stabilire se il coordinamento contrattuale tra operatori economici formalmente autonomi e indipendenti possa essere considerato come un'**unica entità economica** ai sensi degli articoli 101 e 102 del TFUE. In particolare, si chiede se la circostanza che un'impresa eserciti un certo grado di ingerenza nelle decisioni commerciali di un'altra azienda (come spesso accade nelle relazioni di collaborazione tra produttori e intermediari della distribuzione) sia sufficiente per qualificare questi soggetti come parte di un'unica entità economica oppure, se sia richiesta una struttura gerarchica tra le imprese, che potrebbe essere evidente quando più imprese autonome si sottopongono all'attività di direzione e coordinamento di una di esse. In questo caso, si chiede se sia necessario che l'Autorità di concorrenza competente dimostri la presenza di una serie sistematica e costante di azioni direttive capaci di influenzare le decisioni manageriali dell'impresa, comprese le scelte strategiche, operative, finanziarie e commerciali.

Nella sua risposta alla prima questione pregiudiziale, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si esprime come segue:

- In ordine alla **ricevibilità** della questione: L'AGCM e il Governo italiano avevano sostenuto che la questione non fosse ricevibile a causa di mancanze nella domanda stessa delle necessarie precisazioni. Inoltre, il quesito in esame farebbe riferimento all'art. 101 TFUE che, a parere dell'AGCM, non è stato applicato al caso di specie.

Tuttavia, secondo una Giurisprudenza consolidata¹⁵⁰, è richiesto che il giudice nazionale definisca il contesto di fatto e di diritto¹⁵¹ in cui si

¹⁴⁹ *AMORESE M.*, Sentenza Unilever (emessa dalla CGUE il 19 gennaio 2023, causa C-680/20): ulteriori chiarimenti sull'abuso di posizione dominante, Diritto della Concorrenza, 30 Gennaio 2023, in <https://www.amsl-law.it/sentenza-unilever-emessa-dalla-cgue-il-19-gennaio-2023-causa-c-680-20-ulteriori-chiarimenti-sullabuso-di-posizione-dominante/>

¹⁵⁰ Ormai recepita anche nell'articolo 94 del Regolamento di procedura della CGUE.

¹⁵¹ Come sostenuto nella sentenza del 5 marzo 2019, *Eesti Pagar*, C-349/17, EU:C:2019:172, punto 49.

inseriranno le questioni sollevate. La CGUE stabilisce che le informazioni contenute nell'ordinanza di rinvio sono sufficienti a chiarire l'ipotesi di fatto alla base della prima questione. Inoltre, il fatto che il giudice del rinvio menzioni sia l'articolo 102 TFUE che l'articolo 101 TFUE non rende irricevibile la domanda nel suo insieme. Tuttavia, poiché l'articolo 101 TFUE non è stato applicato dall'AGCM nel caso in questione, la parte della prima questione che riguarda l'articolo 101 TFUE è considerata ipotetica e, quindi, irricevibile.

- Entrando nel **merito** della questione la CGUE sostiene che dalla domanda di pronuncia pregiudiziale emerge che l'AGCM ha sanzionato l'Unilever per comportamenti abusivi dei distributori, imputando l'abuso di posizione dominante all'Unilever stessa. La CGUE afferma che la domanda richiede essenzialmente se l'articolo 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che i comportamenti dei distributori (che sono operatori economici formalmente autonomi e indipendenti) possono essere imputati al produttore dei prodotti distribuiti, in particolare l'Unilever, e in caso affermativo, a quali condizioni.

La Corte osserva che le decisioni prese all'interno di un **coordinamento contrattuale** come un accordo di distribuzione, quando accettate da tutti i contraenti, non rientrano in un comportamento unilaterale delle stesse, ma si inseriscono nei rapporti che le parti intrattengono tra loro. Indi per cui, tali condotte si inseriscono

nell'ambito del diritto delle intese previsto dall'articolo 101 TFUE¹⁵². Tuttavia, ciò non esclude che un'impresa in posizione dominante possa essere ritenuta responsabile per il comportamento dei distributori, anche se sono operatori giuridicamente autonomi. La CGUE stabilisce che l'impresa in posizione dominante ha la responsabilità e l'obbligo di evitare di danneggiare la concorrenza effettiva e leale nel mercato interno¹⁵³.

L'obbligo suddetto mira a prevenire non solo i pregiudizi alla concorrenza

¹⁵² In tale senso V. sentenza del 17 settembre 1985, Ford-Werke e Ford of Europe/Commissione, 25/84 e 26/84, EU:C:1985:340, punti 20 e 21.

¹⁵³ Come sostenuto nella sentenza INTEL già esaminata.

causati direttamente dal comportamento dell'impresa in posizione dominante, ma anche quelli generati da comportamenti in cui l'attuazione è stata delegata a soggetti giuridici indipendenti che eseguono le istruzioni dell'impresa. In questo senso, se il comportamento contestato all'impresa in posizione dominante è effettivamente realizzato da intermediari che fanno parte della sua rete di distribuzione e se risulta che tali comportamenti sono stati adottati in conformità alle istruzioni specifiche fornite dall'impresa stessa, allora tale condotta può essere attribuita all'impresa in posizione dominante. Questo avviene in quanto si tratta di un'azione eseguita per implementare una politica decisa unilateralmente dall'impresa, alla quale i distributori interessati erano tenuti a sottostare.

Nel caso in cui il comportamento sia stato deciso unilateralmente dall'impresa in posizione dominante, questa può essere considerata come l'autrice del comportamento e, quindi, l'unica responsabile ai fini dell'applicazione dell'articolo 102 TFUE. In questa situazione, i distributori e la rete di distribuzione diventano uno strumento di "ramificazione territoriale" al fine di attuare la sua politica commerciale.

La Corte afferma che ciò è evidente quando il comportamento assume la forma di contratti standard interamente redatti dall'impresa in posizione dominante che includono clausole di esclusiva a vantaggio dei suoi prodotti. In tali circostanze, l'impresa non può ignorare che i distributori, vincolati giuridicamente ed economicamente all'impresa, stiano agendo in conformità con le sue istruzioni, eseguendo quindi la politica da essa adottata. Di conseguenza, l'impresa dovrebbe assumersi la responsabilità dei rischi derivanti da tale comportamento.

Nell'ipotesi di cui sopra, l'attribuzione all'impresa in posizione dominante delle condotte poste in essere dai distributori (che fanno parte della sua rete di distribuzione) non dipende né dalla dimostrazione che tali distributori facciano parte dell'impresa ai sensi dell'articolo 102 TFUE, né dall'esistenza di un vincolo "gerarchico" basato su una serie sistematica e costante di atti direttivi che influenzano le decisioni gestionali dei distributori riguardo alle loro attività.

In virtù di quanto esposto la Corte risponde al quesito dichiarando che l'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che i comportamenti adottati dai distributori che fanno parte della rete di distribuzione dei prodotti o dei servizi di un produttore che detiene una posizione dominante possono essere attribuiti a quest'ultimo, a condizione che sia dimostrato che tali comportamenti non sono stati adottati in modo indipendente dai distributori stessi, ma causati da una politica decisa unilateralmente dal produttore in posizione dominante e attuata tramite i distributori.

Le conclusioni a cui è giunta la CGUE sono il risultato di ponderate valutazioni che fanno emergere la necessità di approfondire la fattispecie caso per caso. Invero non si può presumere a priori che in caso di coordinamento contrattuale o in presenza di società sottoposte ad attività di direzione e coordinamento, le imprese “controllate” agiscano poiché condizionate dalla “controllante”. È necessaria un’attenta analisi della casistica, demandata all’Autorità, per ben comprendere la sussistenza di un’influenza tale che faccia presumere che le controllate stiano agendo come “*longa manus*” della controllante e non già autonomamente rispetto alla stessa.

2.4.2 Seconda questione pregiudiziale

Con la **seconda questione pregiudiziale** si interroga la CGUE circa l’obbligo in capo alle Autorità di analizzare le analisi economiche prodotte al fine di valutare il configurarsi di un abuso di posizione dominante mercé l’apposizione di clausole di esclusiva.

In particolare, la questione verte sull’interpretazione dell’articolo 102 TFUE riguardo all’obbligo dell’Autorità nazionale competente per la concorrenza di valutare se le clausole di esclusiva imposte da un’impresa in posizione dominante abbiano l’effetto di escludere dal mercato concorrenti altrettanto efficienti. Si chiede se sia necessario esaminare attentamente le analisi economiche presentate dalla parte coinvolta per determinare se le pratiche contestate possano effettivamente escludere tali concorrenti altrettanto efficienti. In alternativa, si chiede se in

situazioni in cui sono presenti clausole di esclusiva che escludono i concorrenti o se vi sono comportamenti che coinvolgono varie pratiche abusive (come sconti legati alla fedeltà e clausole di esclusiva), l'AGCM non sia obbligata giuridicamente a basare le accuse di violazione delle leggi antitrust sul criterio dei concorrenti altrettanto efficienti.

È importante precisare, in via preliminare, che l'articolo 102 TFUE mira a vietare e sanzionare lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante da parte di una o più imprese sul mercato interno o su una parte rilevante di esso, purché tale comportamento possa pregiudicare il commercio tra gli Stati membri. L'obiettivo è preservare la struttura di una concorrenza effettiva in un mercato già indebolito dalla presenza dell'impresa dominante. L'articolo non impedisce a un'impresa di raggiungere una posizione dominante attraverso meriti legittimi, ma richiede che un'impresa in tale posizione non pregiudichi la concorrenza leale.

Non tutti gli effetti preclusivi sono considerati lesivi per la concorrenza, poiché la competizione basata sui meriti potrebbe naturalmente comportare l'emarginazione di concorrenti meno efficienti. Tuttavia, le imprese in posizione dominante sono obbligate a non danneggiare la concorrenza effettiva e leale sul mercato interno¹⁵⁴.

In caso di abuso di posizione dominante, le Autorità garanti della concorrenza devono dimostrare la natura abusiva del comportamento, considerando tutte le circostanze rilevanti, inclusi gli elementi di prova forniti dall'impresa in posizione dominante per la propria difesa.

La CGUE sta chiaramente delineando che, per considerare un comportamento come abuso di posizione dominante, è necessario valutare se tale comportamento ha prodotto effetti preclusivi nei confronti di concorrenti con efficienza almeno pari all'impresa che sta attuando il comportamento. Questo si basa sulla struttura dei costi, la capacità di innovazione, la qualità o su mezzi diversi da una concorrenza

¹⁵⁴ V., in particolare, sentenze del 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione*, 322/81, EU:C:1983:313, punto 57, e del 6 settembre 2017, *Intel/Commissione*, già citata, punto 135.

basata sui meriti. Le autorità di concorrenza devono dimostrare questa abusività considerando l'intero contesto e gli elementi di prova disponibili¹⁵⁵.

Per dimostrare il carattere abusivo di un comportamento, non è strettamente necessario che un'Autorità di controllo dimostri che tale azione abbia effettivamente causato danni anticoncorrenziali. L'articolo 102 TFUE ha l'obiettivo di vietare lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte rilevante di esso, indipendentemente dal successo o meno di tale sfruttamento¹⁵⁶. Di conseguenza, un'Autorità di controllo della concorrenza può stabilire una violazione dell'articolo 102 TFUE dimostrando che, nelle circostanze specifiche, il comportamento in questione aveva la capacità di limitare la concorrenza basata sui meriti, nonostante l'assenza di effetti anticoncorrenziali effettivi.

Tuttavia, questa dimostrazione dovrebbe basarsi principalmente su prove concrete che dimostrino, oltre ipotesi generiche, la reale capacità della pratica in questione di generare tali effetti. Qualora sussista qualche dubbio in merito, questo dovrebbe andare a favore dell'impresa che ha adottato tale pratica¹⁵⁷. Va sottolineato che una pratica non può essere giudicata come abusiva se è rimasta solo in fase di progettazione. Inoltre, un'Autorità di controllo della concorrenza non può basare la sua valutazione sugli effetti che tale pratica potrebbe avere generato in ipotetiche circostanze che non erano reali al momento della sua attuazione e che sembravano improbabili.

Per quanto riguarda la valutazione della capacità di limitare la concorrenza effettiva su un mercato, l'Autorità di controllo della concorrenza può attingere dagli insegnamenti delle scienze economiche, a condizione che tali insegnamenti siano supportati da prove empiriche o comportamentali. Tuttavia, l'esame non può limitarsi a ciò, ma è necessario considerare anche altri elementi delle circostanze specifiche, come l'estensione del comportamento sul mercato, le restrizioni di

¹⁵⁵ Citando le sentenze del 19 aprile 2012, *Tomra Systems e a./Commissione*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punto 18, e del 12 maggio 2022, *Servizio Elettrico Nazionale e a.*, C-377/20, EU:C:2022:379, punto 72.

¹⁵⁶ Sentenza citata, *Servizio Elettrico Nazionale*, punto 53.

¹⁵⁷ Si vedano, a tal proposito, le sentenze del 14 febbraio 1978, *United Brands e United Brands Continental/Commissione*, 27/76, EU:C:1978:22, punto 265, e del 31 marzo 1993, *Ahlström Osakeyhtiö e a./Commissione*, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e da C-125/85 a C-129/85, EU:C:1993:120, punto 126.

capacità imposte ai fornitori di materie prime o la circostanza che l'impresa dominante sia, almeno in parte, un partner indispensabile per la domanda. Solo in base ad una valutazione omnicomprensiva degli elementi suddetti si può determinare se il comportamento in questione aveva la capacità di limitare la concorrenza effettiva sul mercato interessato, almeno per una parte del periodo in cui è stato attuato.

Inoltre, lo stesso approccio si applica alla prova di un intento anticoncorrenziale da parte dell'impresa in posizione dominante. L'intento anticoncorrenziale può essere considerato come un indizio delle finalità della strategia adottata dall'impresa, ma non è né una prova richiesta né sufficiente di per sé per stabilire l'esistenza di un abuso di posizione dominante. L'articolo 102 TFUE si basa su una **valutazione oggettiva** del comportamento in questione¹⁵⁸.

Nel contesto delle **clausole di esclusiva**, la Corte ha chiaramente stabilito che le clausole in cui le controparti si obbligano a procurarsi la totalità o una parte significativa del loro fabbisogno da un'impresa in posizione dominante, anche senza essere accompagnate da sconti, costituiscono di per sé uno sfruttamento abusivo della posizione dominante. Questo principio è stato ribadito anche per gli sconti di fedeltà concessi da un'impresa in posizione dominante¹⁵⁹.

Nella sentenza Intel (già ampiamente analizzata nel presente capitolo) la Corte di Giustizia ha ulteriormente delineato il suo orientamento riguardo alle situazioni in cui un'impresa in posizione dominante produce prove, durante il procedimento amministrativo, idonee a dimostrare che il suo comportamento non ha avuto la capacità di limitare la concorrenza, soprattutto per quanto riguarda gli effetti preclusivi contestati. In questa circostanza, la Corte ha stabilito che l'Autorità regolatrice della concorrenza non deve solamente esaminare la portata della posizione dominante dell'impresa sul mercato rilevante e l'estensione della pratica contestata nel mercato, ma deve anche valutare se vi sia l'intenzione di escludere

¹⁵⁸ Si vedano le sentenze del 19 aprile 2012, Tomra Systems e a./Commissione, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punti 19 e 21, e del 12 maggio 2022, Servizio Elettrico Nazionale e altri, già citata, punti 61 e 62.

¹⁵⁹ Sentenza del 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche/Commissione, già citata, punto 89.

concorrenti altrettanto efficienti come l'impresa dominante¹⁶⁰.

Inoltre, la Corte ha riconosciuto che l'analisi della capacità di limitare la concorrenza è fondamentale anche per valutare la possibile giustificazione oggettiva di un sistema di sconti, che in linea di principio potrebbe violare l'articolo 102 del TFUE. È stato sottolineato che l'effetto restrittivo generato da un sistema di sconti che danneggia la concorrenza potrebbe essere compensato o superato dai benefici in termini di efficienza che favoriscono i consumatori. Tuttavia, questa ponderazione tra effetti positivi e negativi sulla concorrenza può essere effettuata solo dopo un'analisi della capacità dell'impresa dominante di escludere concorrenti altrettanto efficienti, che è inerente alla pratica considerata¹⁶¹. Anche se questa precisazione della Corte menziona specificamente i meccanismi di sconto, la sua applicabilità si estende sia alle pratiche di sconti che alle clausole di esclusiva. Le conclusioni adottate dalla CGUE nella sentenza citata si estendono a entrambe le pratiche poiché entrambe possono essere giustificate oggettivamente o, ancora, i loro svantaggi possono essere bilanciati dai vantaggi in termini di efficienza che beneficiano i consumatori.

Inoltre, è importante notare che, nonostante le legittime preoccupazioni connesse alle clausole di esclusiva in termini di concorrenza, la capacità di tali clausole di escludere i concorrenti non è automatica, come indicato anche nella comunicazione della Commissione intitolata "Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo [102 TFUE] al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti"¹⁶².

Indi per cui, quando un'Autorità regolatrice della concorrenza sospetta che un'impresa abbia violato l'articolo 102 del TFUE mediante clausole di esclusiva e l'impresa contesta, nel corso del procedimento, la capacità effettiva di tali clausole di escludere concorrenti altrettanto efficienti, presentando prove a sostegno, l'Autorità deve accertare, durante la fase di qualificazione dell'infrazione, che tali clausole avessero effettivamente la **capacità di escludere dal mercato concorrenti efficienti** almeno tanto quanto l'impresa stessa.

¹⁶⁰ Come indicato nella Sentenza Intel/Commissione, già citata, punto 139.

¹⁶¹ Come stabilito nella Sentenza Intel/Commissione, già citata, punto 140.

¹⁶² GU 2009, C 45, pag. 7, paragrafo 36.

D'altra parte se l'impresa sospettata, senza negare esplicitamente la capacità di limitare la concorrenza del proprio comportamento, sostiene che esistono giustificazioni per la propria condotta, l'Autorità regolatrice della concorrenza deve valutare concretamente la capacità di tali clausole di restringere la concorrenza durante il procedimento amministrativo.

La produzione di prove durante il procedimento per dimostrare l'inefficacia di una pratica restrittiva impone all'Autorità di controllo della concorrenza di esaminarle. Il rispetto del diritto all'ascolto richiede che tale Autorità dia ascolto all'impresa in posizione dominante e prenda in considerazione le prove e le osservazioni presentate dall'azienda stessa con attenzione e imparzialità¹⁶³.

In virtù di ciò se un'impresa in posizione dominante presenta uno studio economico per dimostrare che la pratica contestata non può escludere i concorrenti, l'Autorità di controllo della concorrenza non può ignorare tale studio senza spiegare il motivo per cui ritiene che esso non supporti la dimostrazione dell'inefficacia delle pratiche in questione nel compromettere la concorrenza effettiva nel mercato interessato. L'autorità deve consentire all'impresa di presentare altre prove che possano sostituire lo studio.

Per quanto riguarda il criterio del "**concorrente altrettanto efficiente**," (espressamente menzionato nel quesito posto da parte del Giudice del rinvio) questo concetto valuta la capacità di una pratica di escludere concorrenti altrettanto efficienti dell'impresa in posizione dominante, basandosi sulla struttura dei costi della stessa. Questo criterio può essere inadeguato per prassi non tariffarie o mercati con barriere elevate. Inoltre, il criterio prende in considerazione solo la concorrenza sui prezzi, mentre altre pratiche possono essere indicative di abuso anche se non si basano su questa concorrenza. Pertanto, le autorità di controllo della concorrenza non sono obbligate a utilizzare solo questo criterio per valutare l'abuso di una pratica. Tuttavia, anche in presenza di prassi non tariffarie, il criterio del "concorrente altrettanto efficiente" può essere utile se le conseguenze della pratica possono essere stimate. Ad esempio, nel caso di clausole di esclusiva, questo criterio potrebbe aiutare a determinare se un concorrente ipotetico con costi simili

¹⁶³ Sentenza Servizio Elettrico Nazionale e altri, già citata, punto 52.

all'impresa in posizione dominante potrebbe offrire i suoi prodotti senza subire perdite o ricavi insufficienti. Pertanto, se un'impresa in posizione dominante sospettata di pratiche abusive fornisce un'analisi basata su questo criterio, l'autorità di controllo della concorrenza **non può ignorare questa prova senza valutarne il valore probatorio**.

La presenza di diverse pratiche controverse non mette in dubbio questa circostanza. Anche se gli effetti combinati di queste pratiche non possono essere valutati attraverso questo criterio, i risultati di tale test possono comunque essere indicativi degli effetti di alcune di queste pratiche e, quindi, essere rilevanti per determinare le qualifiche riguardo a tali pratiche.

Sulla base delle considerazioni sopra esposte, la CGUE risponde al secondo quesito sostenendo che l'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che, quando si tratta di clausole di esclusiva presenti nei contratti di distribuzione, un'Autorità regolatrice della concorrenza è tenuta a dimostrare, in presenza di un possibile abuso di posizione dominante, che queste clausole (alla luce di tutte le circostanze rilevanti e tenendo conto, in particolare, delle analisi economiche eventualmente fornite dall'impresa in posizione dominante riguardo all'inefficacia delle pratiche in questione nel limitare i concorrenti altrettanto efficienti quanto essa stessa) possano effettivamente limitare la concorrenza sul mercato.

L'uso del criterio del "concorrente altrettanto efficiente" è facoltativo. Tuttavia, se i risultati di tale criterio sono presentati dall'azienda durante il procedimento amministrativo, l'Autorità di controllo della concorrenza è tenuta a valutare il valore probatorio di tali risultati non potendosi esimere qualificando a priori la pratica quale illecita e abusiva senza.

2.4.3 Conclusioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Quinta Sezione) ha stabilito quanto segue:

- L'art. 102 del TFUE (non pronunciandosi nel merito dell'art. 101 TFUE per quanto suesposto) deve essere interpretato nel senso che i comportamenti adottati

dai distributori all'interno della rete di distribuzione di prodotti o servizi di un produttore in posizione dominante possono essere attribuiti a quest'ultimo se è dimostrato che tali comportamenti non sono avvenuti in modo indipendente dai distributori, ma fanno parte di una politica unilateralmente decisa dal produttore e messa in atto attraverso i distributori.

I distributori, infatti, sono considerati come strumenti attraverso i quali l'impresa dominante attua la sua strategia commerciale e implementa pratiche di esclusione. La Corte ha chiarito che l'Autorità Garante della Concorrenza non è tenuta a dimostrare l'effettivo impatto anticoncorrenziale di un comportamento abusivo. Invece, può fare affidamento su elementi concreti e prove tangibili per valutare la capacità di quel comportamento di limitare la concorrenza. In tal senso, l'AGCM può stabilire un abuso di posizione dominante dimostrando che il comportamento in questione ha avuto la capacità di restringere la concorrenza, anche se gli effetti diretti non sono stati ancora manifesti.

- L'art. 102 del TFUE deve essere interpretato nel senso che, quando sono presenti clausole di esclusiva nei contratti di distribuzione, un'Autorità di regolamentazione della concorrenza è tenuta a dimostrare (considerando tutte le circostanze rilevanti e tenendo conto in particolare, delle analisi economiche eventualmente fornite dall'impresa in posizione dominante riguardo all'efficacia dei comportamenti escludenti i concorrenti altrettanto efficienti) che tali clausole possono effettivamente limitare la concorrenza. Questo principio si applica sia alle clausole di esclusiva sia ai sistemi di sconti. L'utilizzo del criterio noto come "concorrente altrettanto efficiente" è opzionale per le Autorità competenti, ma se l'impresa coinvolta produce prove o analisi derivanti da tale criterio durante il procedimento amministrativo, l'Autorità di regolamentazione della concorrenza è tenuta a valutarne la validità probatoria.

La decisione giudiziaria costituisce una **vittoria parziale** per la Unilever. La Corte stabilisce le modalità di applicazione del divieto disposto dall'articolo 102 TFUE in relazione a un'impresa dominante (la cui rete di distribuzione è organizzata esclusivamente su base contrattuale) precisando che l'onere della prova ceda a carico del giudice nazionale garante della concorrenza (*id est*: l'AGCM).

L'elemento centrale è che l'eventuale comportamento anticoncorrenziale potrebbe

essere imputato all'Unilever solo se non fosse stato adottato autonomamente dai distributori stessi. Nel caso specifico, come è stato dettagliatamente descritto, l'AGCM non ha esaminato in maniera adeguata l'analisi economica presentata dalla multinazionale in merito alla questione.

La Corte ha quindi espresso l'opinione che l'AGCM avrebbe dovuto dedicare più tempo a valutare le prove presentate, poiché le stesse avrebbero potuto dimostrare che le pratiche denunciate non avevano effettivamente comportato l'esclusione dei concorrenti dal mercato dei loro prodotti¹⁶⁴.

Alla luce di quanto suesposto la Corte ha fornito linee guida chiare per valutare l'abuso di posizione dominante e l'applicazione dell'articolo 102 del TFUE, ponendo l'accento sull'analisi concreta e su prove tangibili per valutare gli effetti delle pratiche contestate sulla concorrenza¹⁶⁵.

Le conclusioni a cui è arrivata la CGUE sono un importante spunto per orientare le future decisioni delle Autorità di Vigilanza europee in ordine a tematiche afferenti l'abuso di posizione dominante e, in particolare, in ordine alla liceità delle clausole di esclusiva, di pratiche scontistiche nonché in ordine all'onere della prova¹⁶⁶.

2.5 Conseguenze sui mercati delle clausole di esclusiva

2.5.1 L'alterazione del mercato dipendente dalle clausole di esclusiva

Le clausole di esclusiva, ampiamente analizzate, interessano in particolar modo il diritto antitrust poiché un loro abuso può comportare alterazione del mercato e della

¹⁶⁴ È opportuno precisare che a seguito della sentenza della CGUE in materia di rinvio pregiudiziale il procedimento procede a livello nazionale o presso il giudice nazionale che ha sollevato la questione. Dopo che la CGUE ha emesso la sua decisione di rinvio pregiudiziale, il giudice nazionale che ha sollevato la questione applicherà l'interpretazione fornita dalla CGUE alle circostanze specifiche del caso nazionale.

¹⁶⁵ Nota a CGUE, 19 gennaio 2023, C-680/20 da <https://www.dirittodelrisparmio.it/2023/01/19/abuso-di-posizione-dominante-e-clausole-di-esclusiva-contenute-nei-contratti-di-distribuzione-la-sentenza-della-cgue/>.

¹⁶⁶ AMORESE M., *op. cit.*

concorrenza. Le stesse, a causa del potenziale pregiudizio che possono arrecare, sono oggetto di dibattiti riguardo alla loro validità e agli effetti che producono.

In ordine all'alterazione del mercato:

1. **Limitazione della Scelta del Consumatore:** Le clausole di esclusiva possono limitare la scelta disponibile per i consumatori, poiché restringono l'accesso a prodotti o servizi offerti da altri fornitori o intermediari. Ciò può ridurre la varietà e l'innovazione nel mercato, limitando la capacità dei consumatori di scegliere tra diverse opzioni.
2. **Segmentazione del Mercato:** Queste clausole possono portare alla segmentazione del mercato, in quanto diversi distributori o intermediari possono avere diritti esclusivi in aree diverse. Questo può ostacolare la competizione tra distributori e limitare l'accesso dei fornitori a nuove aree geografiche.

Per quanto concerne, invece, gli effetti sulla Concorrenza:

1. **Limitazione della Concorrenza:** Le clausole di esclusiva possono limitare la concorrenza nel mercato. Se un distributore gode di un'esclusiva in una determinata area, altri distributori o intermediari possono essere esclusi dal competere in quella regione. Ciò può ridurre la pressione competitiva sui prezzi e i servizi alterando la libera concorrenza.
2. **Creazione di Barriere all'Entrata:** Le clausole in esame possono creare barriere all'entrata per nuovi concorrenti. Se un distributore ha un'esclusiva in un'area, i nuovi entranti potrebbero avere difficoltà ad accedere al mercato o trovare distributori disposti a lavorare con loro.
3. **Potere di mercato dell'impresa dominante:** Se un fornitore dominante impone clausole di esclusiva, potrebbe aumentare il suo potere di mercato. Questo potrebbe consentire all'impresa di controllare i prezzi, le condizioni di vendita e limitare l'accesso ai concorrenti concretandosi, invero, un abuso di posizione dominante.

Le clausole di esclusiva, sebbene spesso oggetto di dibattito a causa dei loro potenziali effetti negativi sulla concorrenza e sul mercato, possono anche comportare **vantaggi economici** sia per le imprese che le utilizzano che per i consumatori, ed in particolare:

1. **Incentivi all'investimento e alla distribuzione efficiente:** Le clausole di esclusiva possono fornire incentivi alle imprese a investire nella distribuzione e commercializzazione dei prodotti in una specifica area geografica o di mercato. Questo può portare a una distribuzione più efficace, migliorando l'accesso dei consumatori ai prodotti e promuovendo una maggiore copertura del mercato.
2. **Promozione dell'innovazione:** Le clausole in esame possono incentivare i distributori a dedicare risorse all'innovazione e allo sviluppo di strategie di marketing per aumentare le vendite dei prodotti in esclusiva. Questo può portare a una maggiore concorrenza tra i distributori e promuovere nuove idee e approcci nel mercato.
3. **Controllo qualitativo:** Le stesse consentono ai produttori di mantenere un maggiore controllo sulla presentazione e la qualità dei propri prodotti nei punti vendita. Questo può garantire che i prodotti siano presentati e commercializzati secondo gli standard desiderati, contribuendo all'immagine del marchio.
4. **Distribuzione selettiva:** Le clausole possono essere utilizzate all'interno di programmi di distribuzione selettiva, dove i prodotti vengono venduti solo attraverso distributori autorizzati che soddisfano determinati requisiti. Questo può contribuire a garantire che i prodotti siano venduti solo attraverso canali di distribuzione di alta qualità generando vantaggi per i consumatori.
5. **Miglioramento della *customer experience*:** I distributori in esclusiva possono concentrarsi maggiormente sulla soddisfazione del cliente e sulla

personalizzazione del servizio. Ciò può portare a un'esperienza di acquisto migliore per i consumatori e aumentare la fedeltà al marchio.

È importante notare che, nonostante questi vantaggi, l'uso delle clausole di esclusiva deve essere attentamente valutato per evitare possibili abusi di posizione dominante o restrizioni eccessive alla concorrenza.

Le Autorità di regolamentazione della concorrenza spesso monitorano l'uso delle clausole di esclusiva per evitare abusi di posizione dominante e mantenere un ambiente concorrenziale sano. In alcuni casi, le clausole di esclusiva possono essere considerate abusive o in contrasto con le leggi antitrust.

In conclusione, le clausole di esclusiva possono avere impatti significativi sia sul mercato che sulla concorrenza. D'altro canto possono essere utilizzate legittimamente per proteggere investimenti o garantire la distribuzione efficace di prodotti, è importante, quindi, monitorare attentamente il loro impatto per evitare possibili effetti negativi sull'innovazione, la concorrenza e la scelta del consumatore¹⁶⁷.

¹⁶⁷ ARGENTATI A., Concorrenza e mercato, in: Pellegrini M., Corso di diritto pubblico dell'economia, CEDAM, 2016.

CAPITOLO III

TUTELA E PREVENZIONE DELLE CONDOTTE ABUSIVE

3.1 La libera concorrenza dei mercati: prevenzione e tutela

In base al principio della libera concorrenza, tutte le imprese godono del diritto di accedere al mercato e di uscirne liberamente, competendo apertamente nel fornire prodotti o servizi.

Il principio si fonda sulla premessa che un mercato aperto e competitivo sia essenziale per promuovere l'efficienza economica, stimolare l'innovazione e garantire il benessere dei consumatori.

Le normative vigenti in materia mirano a prevenire pratiche commerciali sleali, restrizioni della concorrenza e il consolidamento eccessivo del potere di mercato.

Invero, le leggi sulla concorrenza mirano a creare un ambiente equo e competitivo, in cui le imprese possono competere sulla base della qualità dei loro prodotti, dei loro servizi e delle loro capacità innovative, anziché attraverso pratiche sleali o dominanza del mercato.

Un altro aspetto importante delle leggi sulla libertà di concorrenza è la protezione dei consumatori. Garantendo che le imprese operino in un contesto di concorrenza leale, si cerca di mantenere i prezzi a un livello ragionevole¹⁶⁸ e di promuovere la scelta dei consumatori. Questo promuove un equilibrio tra le esigenze delle imprese e quelle dei consumatori, contribuendo all'efficienza economica complessiva¹⁶⁹.

Tuttavia, è essenziale riconoscere che la libertà di concorrenza non è un concetto assoluto. In alcuni casi, possono essere giustificate limitazioni alla concorrenza per motivi di interesse pubblico, come la protezione della sicurezza nazionale o la tutela dei diritti dei consumatori. Le leggi sulla libertà di concorrenza devono, quindi,

¹⁶⁸ Di talché risultino più appetibili per i consumatori.

¹⁶⁹ L'efficienza economica complessiva si riferisce alla massimizzazione dell'allocazione delle risorse in un'economia o in un sistema economico nel suo insieme. In altre parole, è il raggiungimento di un livello in cui le risorse disponibili vengono utilizzate nel modo più efficiente possibile per massimizzare la produzione di beni e servizi, soddisfacendo al contempo le esigenze e i desideri della società.

Tratto da *BRODLEY*, The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare and technological progress, in *N. Y. L. Rev.*, 1987, p. 1020

trovare un equilibrio tra la promozione della concorrenza e il perseguimento di obiettivi legittimi di politica economica e sociale.

Nella prassi si verificano una varietà di offerte in termini di qualità e prezzi dei beni o servizi, al fine di soddisfare le esigenze di acquirenti diversi. Un principio cardine della libera concorrenza consiste nell'impedire che qualsiasi parte coinvolta (compresa lo Stato) possa manipolare le dinamiche del mercato.

Da queste considerazioni¹⁷⁰, risultano evidenti quali siano i requisiti fondamentali della libera concorrenza e le finalità della normativa antitrust:

- Pluralità di operatori, sia nell'ambito dell'offerta che della domanda;
- Garanzia di accesso libero al mercato, senza ostacoli all'entrata;
- Trasparenza e informazioni complete sul mercato;
- Possibilità di intraprendere negoziazioni simultanee per raccogliere le informazioni necessarie;
- Diversificazione dell'offerta di prodotti.

Nonostante queste condizioni rappresentino degli ideali spesso difficili da riscontrare nella realtà, è importante riconoscere che ci sono dei limiti alla libera concorrenza, e tali limiti sono soggetti a protezioni giuridiche. Infatti, l'idea alla base della concorrenza è che il mercato possa **autoregolarsi**¹⁷¹, ma ciò è possibile

¹⁷⁰ Le considerazioni riportate nel presente capitolo sono tratte da:

CATRICALA' A., CAZZATO C., CARLO EDOARDO E., FIMMANÒ F. (a cura di), *Diritto Antitrust*, 2021.

¹⁷¹ Il concetto di autoregolamentazione del mercato è stato ampiamente associato agli scritti di Adam Smith. Smith ha sostenuto che, sebbene gli individui agiscano per perseguire il proprio interesse personale, il mercato, attraverso la concorrenza, trasforma queste azioni individuali in benefici collettivi. L'idea di autoregolamentazione del mercato di Smith è basata sulla fiducia nel fatto che le forze del mercato, come l'offerta e la domanda, lavorano insieme per determinare i prezzi e le quantità dei beni e dei servizi in un modo che massimizza l'efficienza e il benessere collettivo. Questa visione è spesso associata all'approccio del libero mercato e dell'economia di mercato, dove si ritiene che l'intervento governativo dovrebbe essere limitato e che il mercato abbia la capacità di autoregolarsi.

Tuttavia, è importante notare che l'idea di autoregolamentazione del mercato non è senza critiche e dibattiti. Gli economisti e i teorici successivi hanno continuato a esplorare i limiti dell'autoregolamentazione e l'importanza di una regolamentazione adeguata per affrontare le imperfezioni del mercato e garantire risultati socialmente desiderabili.

A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, UTET libri, pubblicato nel 1776.

solo se tutti i partecipanti rispettano le norme e non si dedicano a pratiche sleali di concorrenza.

All'interno di un contesto di libero mercato, è naturale che un imprenditore possa perdere parte della sua clientela a favore di un concorrente che offre condizioni migliori. Questo non costituisce di per sé un danno ingiusto e suscettibile di risarcimento, a condizione che la competizione si svolga in modo equo e leale. È per questo motivo che il codice civile, ai sensi degli articoli 2598-2601, stabilisce dei limiti e delle norme che regolamentano la libera concorrenza.

In primo luogo, è essenziale chiarire che qualsiasi pratica che non rispecchi i principi della correttezza professionale rientra nella sfera della concorrenza sleale. Questo comprende atti di confusione, diffamazione e affermazioni esagerate, che possono essere sanzionati anche se compiuti senza malizia e persino nel caso di unicamente potenziali danni. Se un concorrente adotta tali comportamenti, è importante sapere che potrebbe essere soggetto a sanzioni che richiedono il ripristino degli effetti causati e che potresti essere indennizzato per il danno subito.

Nella pratica, esistono numerose condotte che possono compromettere la libera concorrenza tra le imprese e tra le più comuni si annoverano:

- La contraffazione del marchio;
- La violazione di brevetti;
- La diffusione di informazioni distorte;
- L'appropriazione indebita di materiale riservato;
- La concorrenza parassitaria, ovvero l'imitazione sistematica delle iniziative dei concorrenti;
- La sottrazione di dipendenti qualificati attraverso metodi scorretti;
- Apposizione di clausole di esclusiva;
- Pratiche scontistiche illecite.

È importante precisare che l'elencazione non è tassativa poiché le condotte (almeno nella maggioranza dei casi) non sono per loro natura abusive e illecite, ma lo divengono quando alterano la libera concorrenza. Le Autorità di vigilanza sono

incaricate di esaminare ogni condotta individualmente per valutare se le stesse siano abusive e dannose per il mercato.

Annose le discussioni in Giurisprudenza e Dottrina in ordine al tema della prevenzione dell'abuso di posizione dominante. Evitare e prevenire l'abuso è un obiettivo importante per promuovere la concorrenza e garantire un mercato equo e aperto. Di seguito sono riportate alcune strategie e strumenti che le Autorità di regolamentazione e le organizzazioni possono adottare per prevenire l'abuso di posizione dominante:

1. Leggi Antitrust e Regolamentazioni: La prima fonte di prevenzione si rinviene nella creazione di una disciplina analitica in materia antitrust. Le leggi antitrust, come quelle che vietano pratiche anti-competitive e l'abuso di posizione dominante, costituiscono la base legale per prevenire tali comportamenti. Le Autorità di regolamentazione dovrebbero avere leggi solide e applicarle in modo efficace. La complessa materia delle pratiche economiche, per loro natura in continua evoluzione, rende difficile, però, tracciare un quadro normativo dettagliato delle fattispecie abusive. I legislatori non possono in merito aprioristicamente normare su ogni singola fattispecie (compito arduo e complesso nella realtà), ma devono necessariamente rinviare alle decisioni delle Autorità di vigilanza e dei Giudici di Merito al fine di una valutazione più consona delle condotte poste in essere.

Indi per cui, la presenza di una normativa dedicata alla materia antitrust è un utile strumento per prevenire condotte abusive, ma non è di per sé sufficiente essendo la materia in continua evoluzione e impossibile da normare aprioristicamente¹⁷².

2. Chiare definizioni di Posizione Dominante e di condotte abusive: Al fine di tutelare e prevenire condotte idonee a ledere la libera concorrenza sarebbe importante definire chiaramente cosa costituisce una posizione dominante nel mercato e una condotta abusiva. Tali definizioni possono variare da settore a settore e a seconda della condotta posta in essere non potendosi, quindi, qualificare in via definitiva. Al più il legislatore può indicare criteri e principi da rispettare per i concorrenti che indirizzino le condotte verso il rispetto della libera concorrenza.

¹⁷² Tratto da LAZZARA P., Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia, op, cit., pagg. 767 e ss.

La vera criticità si rinviene, però, nelle condotte afferenti alle c.d. zone grigie in cui l'abuso non è evidente e dipende dal contesto economico (c.d. mercato rilevante) e dai concorrenti operanti nel settore. In tal senso diviene centrale l'attività delle Autorità di vigilanza chiamate ad analizzare, non senza criticità, l'illiceità delle condotte¹⁷³.

3. Monitoraggio del Mercato: Le Autorità di regolamentazione dovrebbero monitorare costantemente il mercato per identificare segnali di potenziale abuso di posizione dominante. Ciò può essere fatto attraverso la raccolta di dati, analisi di mercato e segnalazioni da parte dei concorrenti e dei consumatori. L'attività di filtro e di analisi di mercato delle Autorità di vigilanza può rappresentare un buon deterrente per le imprese dal porre in essere condotte abusive e spronarle a rispettare i principi della libera concorrenza. Ciò nonostante l'attività di monitoraggio, per quanto utile, non è bastevole poiché richiederebbe un'analisi analitica, per ogni fattispecie, dei mercati rilevanti e del settore di riferimento a cui l'Autorità di vigilanza non può far fronte per la moltitudine dei casi¹⁷⁴.

4. Promozione della Concorrenza: Favorire un ambiente competitivo può prevenire l'accumulo di posizioni dominanti. Ciò può includere l'eliminazione di barriere all'ingresso per nuovi concorrenti, la promozione dell'innovazione e l'assicurazione che le fusioni e le acquisizioni non portino a concentrazioni eccessive di potere. In buona sostanza creando le condizioni affinché un settore economico sia pro competitivo le imprese in esso operanti saranno restie al porre in essere condotte abusive. Invero, la presenza di molteplici concorrenti fungerà da ulteriore attività di monitoraggio (diverso da quello posto in essere dalle Autorità, ma altrettanto efficace) verso il settore in cui operano le imprese spronandole alla lecita concorrenza.

5. Divieto di Pratiche Anti-Competitive: Vietare specifiche pratiche anti-competitive che potrebbero portare all'abuso di posizione dominante, come il prezzo predatorio (vendere beni o servizi a prezzi artificialmente bassi per eliminare

¹⁷³ *DI PORTO F.*, Scambi di informazioni e abusi di posizione dominante: una rilettura degli “abusi informativi” e dei relativi rimedi, *Concorrenza e mercato*, fasc. 1, 1 GENNAIO 2014, pag. 27.

¹⁷⁴ *G. TESAURO*, *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione Europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2014.

la concorrenza), l'aggressiva discriminazione dei prezzi o l'esclusione dei concorrenti dai canali di distribuzione. Nonostante lo sforzo del legislatore di normare alcune fattispecie che per loro natura risultano abusive non è semplice disciplinare nello specifico ogni singola pratica. Nella prassi, infatti, alcune pratiche poste in essere sono di per sé lecite, ma essendo realizzate in un determinato mercato ed in presenza di determinati concorrenti possono risultare abusive. Viceversa alcune pratiche che per loro natura sono da considerarsi illecite se poste in essere in determinate circostanze potrebbero non far configurare un abuso di posizione dominante ed un'alterazione della libera concorrenza. A titolo esemplificativo basti pensare alle clausole di esclusiva analizzate nel precedente capitolo la cui abusività (a parere dell'AGCM sempre sussistente in via aprioristica) non si configura se rapportate al mercato rilevante in cui agiva la società Unilever. Indi per cui, è inverosimile apporre divieti validi in via generale per tutte le condotte sussistenti dovendosi, caso per caso, valutare la fattispecie posta in essere. Infatti, ove mai si sanzionassero aprioristicamente delle condotte apponendo divieti si andrebbe, comunque, a ledere la libera concorrenza delle imprese. In virtù di ciò è opportuno indirizzare le condotte secondo principi antitrust, ma sarà sempre necessaria l'attività di monitoraggio e analisi da parte delle Autorità competenti per valutare l'effettiva abusività delle stesse.

6. Sanzioni e Penalità Significative: Attraverso un sistema repressivo si potrebbe agevolare il sistema concorrenziale, ma le sanzioni dovrebbero essere significative in modo da disincentivare tali comportamenti. Questo potrebbe includere multe sostanziali e altre conseguenze legali. Invero, spesso accade che le sanzioni siano sproporzionate rispetto ai ricavi che le imprese traggono ponendo in essere pratiche abusive. Alla luce di ciò nella prassi accade che le imprese siano più disposte a ricevere sanzioni che a rispettare il diritto antitrust: i vantaggi economici che riescono a ottenere dalla condotta illecita posta in essere rendono irrisoria la sanzione.

Un sistema repressivo potrebbe anche giovare alla libera concorrenza, ma la giurisprudenza dimostra verosimilmente il contrario. Le sanzioni non sono adeguate né significative.

Alternativa ad un sistema sanzionatorio potrebbe essere l'adozione di un sistema a

premi.

Forse potrebbe essere più vantaggioso premiare (con tassazioni minori o con incentivi) le imprese che rispettano pedissequamente la normativa antitrust non alterando la concorrenza del mercato. Tale sistema, unitamente ad un sistema sanzionatorio coerente e significativo, potrebbe così agevolare e spronare l'attività d'impresa e disincentivare la violazione della normativa antitrust¹⁷⁵.

7. Promozione dell'Accesso Aperto: In settori in cui l'infrastruttura o le risorse chiave sono detenute da aziende con posizioni dominanti è importante garantire che l'accesso a queste risorse sia aperto e non discriminatorio per i concorrenti. In tal guisa si incentiva l'attività imprenditoriale evitando la creazione di monopoli e oligopoli. Ciò crea giovamento non solo alla libera concorrenza, ma anche ai consumatori.

8. Educazione e Consapevolezza: Educare le imprese, i consumatori e gli stakeholder sulle implicazioni dell'abuso di posizione dominante e sui vantaggi della concorrenza può contribuire a una maggiore consapevolezza e a comportamenti più responsabili. In tal modo sarebbe consono e utile creare corsi formativi per le società nonché agevolare il dialogo e la sinergia con le Autorità preposte al controllo dei mercati concorrenziali. La collaborazione tra gli enti ed una corretta informazione sulla normativa vigente potrebbe prevenire gli abusi.

9. Indagini e Applicazione delle Leggi: Le Autorità di regolamentazione dovrebbero essere pronte a condurre indagini e intraprendere azioni legali contro le imprese che commettono abusi di posizione dominante. L'applicazione coerente delle leggi è essenziale per dissuadere tali comportamenti. Il vero problema risiede nell'assenza di chiarezza normativa in ordine alla qualificazione delle pratiche poste in essere. Le Autorità di vigilanza spesso sono chiamate a interpretare su determinati indici una condotta qualificandola lecita o illecita in base ad una propria valutazione.

Talvolta può anche accadere che le Autorità di Vigilanza applichino sanzioni senza porre in essere una reale valutazione della fattispecie poiché si ritiene che determinate condotte siano di per sé illecite. Un sistema più coerente dovrebbe dare

¹⁷⁵ *DI PORTO F.*, op. cit., pag. 5.

facoltà alle Autorità di decidere - non in via aprioristica - caso per caso tenendo conto del mercato rilevante e della fattispecie in concreto posta in essere fornendoli, altresì, la possibilità di effettuare indagini analitiche e studi di settore.

In tal guisa, rispettando i principi indicati dalla normativa antitrust, la valutazione delle Autorità può agevolare la libera concorrenza ed essere avvertita dai protagonisti del mercato come giusta e adeguata. È importante che le Autorità di regolamentazione lavorino in modo proattivo per prevenire l'abuso di posizione dominante e agiscano rapidamente quando vengono individuati segnali di tali comportamenti. La combinazione di leggi rigorose, monitoraggio attivo e incentivi alla concorrenza possono contribuire a creare un ambiente di mercato più equo e vantaggioso per tutti¹⁷⁶.

10. Collaborazione Internazionale: Poiché molte imprese operano a livello globale, la collaborazione internazionale tra diverse giurisdizioni può essere importante per prevenire l'abuso di posizione dominante che attraversa le frontiere. Non solo la sinergia tra enti interni, ma anche con quelli stranieri può giovare alla creazione di principi applicabili alle condotte poste in essere dalle imprese. È opportuno precisare, però, che non può applicarsi il principio del “precedente vincolante” e, quindi, occorre valutare caso per caso non potendosi decidere in senso uguale fattispecie diverse¹⁷⁷.

11. Controllo delle Fusioni e Acquisizioni: Le Autorità antitrust monitorano e valutano attentamente le operazioni di fusione e acquisizione per prevenire la creazione di concentrazioni eccessive di potere e per garantire che la concorrenza rimanga robusta evitando, altresì, la creazione di cartelli illeciti.

12. Regolamentazione Settoriale: In alcuni settori chiave, come le telecomunicazioni o l'energia, le Autorità di regolamentazione possono stabilire regole specifiche per promuovere la concorrenza e impedire abusi di posizione dominante. Il limite di tali regolamentazioni è nel rischio dell'ingerenza da parte dello Stato nel mercato di riferimento.

¹⁷⁶ CALINI C. B., Procedure antitrust in Italia, Giuffrè Editore, 2018.

¹⁷⁷ Spunti di riflessione tratti da Enrico Adriano Raffaelli, in “ANTITRUST FRA DIRITTO NAZIONALE E DIRITTO COMUNITARIO. (ANTITRUST BETWEEN EC LAW AND NATIONAL LAW)”, GIUFFRÈ EDITORE, V Convegno. Treviso, 16-17 maggio 2002.

13. **Protezione dei Consumatori:** Politiche di tutela dei consumatori, come l'obbligo di trasparenza e di informazioni complete, possono contribuire a garantire che i consumatori abbiano una scelta informata e che le aziende non sfruttino la loro posizione. A tal fine è importante la disciplina contenuta nel Codice del consumo progettato per bilanciare il potere tra consumatori e imprese, garantendo che i consumatori siano trattati in modo equo e che i loro diritti siano rispettati durante le transazioni commerciali¹⁷⁸.

14. **Trasparenza:** Politiche e regolamenti che promuovono la trasparenza delle attività imprenditoriali e dei prezzi possono rendere più difficile per le imprese con posizione dominante compiere azioni anti-concorrenziali in segreto¹⁷⁹. Inoltre, garantire la trasparenza crea maggior affidamento da parte del consumatore rispetto alle imprese e ciò crea giovamento all'iniziativa economica.

15. **Promozione della Diversità dei Fornitori e dei distributori:** Favorire la diversità dei fornitori e dei distributori nonché la partecipazione delle piccole imprese può contribuire a prevenire la concentrazione eccessiva di potere nelle mani di poche imprese. La strategia in esame risulta premiante, però, quando tali soggetti non vengono vincolati con clausole di esclusiva o altre pratiche che alternino il mercato e ledano i *competitors* nel settore di riferimento.

16. **Gli incentivi alla concorrenza:** Gli incentivi svolgono un ruolo cruciale nell'ambito economico, promuovendo l'efficienza, l'innovazione e il benessere generale. In buona sostanza Gli incentivi alla concorrenza sono stimoli o fattori che spingono le imprese a competere tra di loro in un mercato aperto e sono progettati per incoraggiare le imprese a migliorare la qualità dei loro prodotti, adottare pratiche innovative, ridurre i costi e cercare di attirare e soddisfare i consumatori in modo più efficace

La concorrenza spinge le imprese a migliorare la qualità dei loro prodotti e servizi, ridurre i prezzi e cercare costantemente modi migliori per soddisfare le esigenze dei consumatori. Una delle principali ragioni per cui gli incentivi alla concorrenza sono fondamentali risiede nell'opportunità di guadagno che essa offre. Le imprese che si

¹⁷⁸ GHEZZI F. e OLIVIERI G., Diritto antitrust , Giappichelli, 2019.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

distinguono per eccellenza e innovazione possono attirare più clienti e aumentare le loro quote di mercato. Questo crea un ciclo virtuoso in cui l'innovazione continua a essere stimolata per mantenere o migliorare la propria posizione competitiva. Inoltre, la concorrenza tende a frenare gli abusi di posizione dominante. Quando un'impresa ha il controllo eccessivo su un mercato, potrebbe sfruttare questa posizione per limitare la scelta dei consumatori o alzare i prezzi. La presenza di concorrenti impegnati mantiene questa tendenza sotto controllo, poiché le imprese devono adeguarsi a un ambiente in cui l'attenzione al cliente è prioritaria. Gli incentivi sono spesso legati anche all'innovazione. Poiché le imprese cercano costantemente di sviluppare prodotti e servizi migliori rispetto ai concorrenti, l'innovazione diventa un elemento chiave per mantenere la propria rilevanza sul mercato¹⁸⁰. Questo può portare a nuove tecnologie, migliori soluzioni per i consumatori e progressi generali nell'ambito industriale. A titolo esemplificativo tra i più diffusi incentivi si evincono le ricompense economiche (le imprese che riescono a fornire prodotti o servizi di alta qualità e a prezzi competitivi sono spesso ricompensate con profitti più elevati e un aumento della loro quota di mercato. Questo crea un incentivo finanziario per le imprese a competere per ottenere un vantaggio sul mercato) o ancora sconti tributari.

In conclusione, gli incentivi alla concorrenza sono un motore fondamentale dell'economia e tutelano la libera concorrenza. Essi promuovono l'efficienza, spingono all'innovazione e proteggono i consumatori da possibili abusi di posizione dominante. La concorrenza crea un ambiente dinamico in cui le imprese sono costrette a migliorare costantemente, portando a benefici sia per le aziende stesse che per la società nel suo complesso. Unico *vulnus* dei sistemi d'incentivi si rinviene nell'intervento dello Stato nell'economia il quale potrebbe alterare la libera concorrenza¹⁸¹.

¹⁸⁰ PACE L.F., L'iniziativa economica provata come diritto di libertà. Implicazioni teoriche e pratiche, in studi in memoria di PIGA, 1992. Estratto tratto da: XVI legislatura La libertà d'impresa tra l'articolo 41 e l'articolo 118 della Costituzione. Ottobre 2010 n. 244 a cura di: G. BUONOMO.

¹⁸¹ TESAURO G., Il ruolo degli incentivi fiscali alle imprese su investimenti e lavoro, FORUMPA, 2021.

In generale, una combinazione di leggi antitrust, regolamentazioni settoriali, monitoraggio attivo e promozione della concorrenza può contribuire a mantenere mercati sani e competitivi a beneficio delle imprese e dei consumatori¹⁸².

Riportando quanto esaminato al caso di specie si evincono i limiti della normativa antitrust.

La controversia Unilever accende l'interesse sul *modus operandi* dell'AGCM e sulla necessità che cada sul medesimo ente l'onere della prova in ordine alla sussistenza della condotta abusiva contestata in violazione dell'art. 102 TFUE.

Nel caso specifico, a parere del Giudice Europeo, l'AGCM avrebbe dovuto dedicare più tempo a valutare le prove presentate dalla Unilever poiché le stesse avrebbero potuto dimostrare che le pratiche denunciate non avevano effettivamente comportato l'esclusione dei concorrenti dal mercato. La Corte ritiene che l'AGCM avrebbe dovuto dedicare una maggiore attenzione all'esame delle prove presentate dalla Unilever. Questo perché tali prove potrebbero aver dimostrato che le pratiche contestate dall'Autorità di vigilanza non avevano effettivamente condotto all'esclusione dei concorrenti dal mercato dei loro prodotti.

Di conseguenza, la Corte ha posto enfasi sull'importanza di un'analisi concreta e sull'utilizzo di prove tangibili per valutare gli effetti delle pratiche contestate sulla concorrenza.

Le conclusioni a cui è arrivata la CGUE fanno emergere vizi della normativa del diritto antitrust in una zona di diritto ancora poco esplorata (quella delle clausole di esclusiva e del relativo onere della prova) dove si rende necessaria, al fine di garantire una giusta e corretta valutazione in ordine alla fattispecie contestata, un'interpretazione più elastica della normativa di riferimento e dei principi in materia tenendo conto nella decisione delle analisi specifiche in ordine al mercato di riferimento.

Alla luce di quanto esposto il Giudice del rinvio offre importanti spunti di riflessione in materia antitrust al fine di orientare le future decisioni delle Autorità di Vigilanza europee in ordine a tematiche afferenti l'abuso di posizione dominante

¹⁸² GALGANO F., *Diritto Privato*, 2012, pag. 505 e ss. = in ordine al tema della libera concorrenza.

e, in particolare, in ordine alla liceità delle clausole di esclusiva, di pratiche scontistiche nonché in ordine al relativo onere della prova.

CONCLUSIONI

Il caso “Unilever” e la decisione a cui giunge la CGUE offrono importanti spunti di riflessione in ordine alla disciplina antitrust ed in particolare sulla liceità delle clausole di esclusiva.

Le clausole di esclusiva sono al centro di dibattiti nel campo del diritto antitrust poiché la loro apposizione può influenzare notevolmente il mercato e la concorrenza. Queste clausole, che limitano la distribuzione o la vendita di prodotti a determinati canali o distributori, possono dar luogo a condotte illecite che alterano la libera concorrenza.

Il problema principale riguarda l'impatto di queste clausole sulla dinamica del mercato. Innanzitutto, possono comportare una riduzione delle opzioni disponibili per i consumatori, creando una scelta limitata e sfavorendo l'innovazione. Inoltre, possono portare alla segmentazione del mercato, dividendo l'area geografica in cui i prodotti possono essere offerti da distributori esclusivi.

Per quanto concerne gli effetti sulla concorrenza, le clausole di esclusiva possono restringere la competizione nel mercato e ciò può limitare la pressione sui prezzi e ostacolare la libera concorrenza. Talvolta, queste clausole possono creare barriere all'entrata per nuovi competitori, rendendo difficile per loro accedere al mercato o trovare distributori disposti a collaborare. Inoltre, se un'impresa dominante utilizza clausole di esclusiva può aumentare il suo potere di mercato controllando prezzi e condizioni di vendita.

È importante notare, tuttavia, che le clausole di esclusiva possono anche portare a vantaggi economici. Ad esempio, possono incentivare gli investimenti nella distribuzione e promuovere l'efficacia della commercializzazione in specifiche aree geografiche. Inoltre, possono stimolare l'innovazione e il marketing tra i distributori migliorando la concorrenza e portando a nuove idee e approcci.

In definitiva, sebbene le clausole di esclusiva possano offrire vantaggi, è essenziale valutare attentamente il loro impatto sulla concorrenza e sul mercato. Gli organi di regolamentazione della concorrenza sono chiamati a monitorare attentamente l'uso di queste clausole per evitare abusi e garantire un ambiente concorrenziale equo. In

alcuni casi, le clausole di esclusiva possono essere considerate controverse o in conflitto con le leggi antitrust. Pertanto, la sfida è trovare un equilibrio tra il beneficio che possono portare e l'evitare effetti negativi sulla concorrenza, l'innovazione e la scelta dei consumatori.

La controversia esaminata ha origine da una decisione dell'Autorità italiana Garante della Concorrenza e del Mercato del 31 ottobre 2017 riguardante l'azienda "Unilever" e l'abuso di posizione dominante nel mercato italiano dei gelati venduti in confezioni individuali da consumare fuori casa. Gli abusi sono stati perpetrati da distributori indipendenti dei prodotti Unilever, i quali hanno imposto clausole di esclusiva ai punti vendita, ostacolando la competizione e distorcendo la libera concorrenza.

L'Autorità di vigilanza ha considerato queste pratiche lesive della concorrenza leale basata sui meriti dei prodotti. Nella sua decisione, l'Autorità sottolineava la non necessità di esaminare gli studi economici prodotti dalla Unilever, poiché le clausole di esclusiva già costituiscono un abuso da parte di un'azienda in posizione dominante secondo la Giurisprudenza precedente in materia. L'obiettivo perseguito è quello di proteggere i consumatori e garantire che le imprese dominanti non danneggino i concorrenti e gli acquirenti e tali clausole, tendenzialmente, rappresentano condotte abusive.

In virtù di ciò l'AGCM sanziona la società contestandole la violazione dell'art. 102 TFUE e multandola per oltre 60 milioni di euro.

Il contenzioso prosegue in Consiglio di Stato che, sulla base dell'attenta e precisa difesa della Unilever, ha rinviato alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea diverse questioni pregiudiziali sull'interpretazione del diritto dell'UE in materia di concorrenza.

La Corte di Giustizia, nella sentenza del 19 gennaio 2023, ha chiarito l'applicazione dell'articolo 102 TFUE al caso di specie. Questa decisione è un passo importante nell'ambito delle regole per le imprese dominanti nel mercato europeo, contribuendo a tutelare la concorrenza e i consumatori.

Il Giudice Europeo ha delineato che i comportamenti dei distributori all'interno della rete di distribuzione di un produttore in posizione dominante possono essere

riconducibili al produttore stesso, se parte di una politica unilaterale. I distributori sono considerati strumenti per attuare pratiche di esclusione e strategie commerciali.

Per le clausole di esclusiva nei contratti di distribuzione, l'Autorità di vigilanza deve dimostrare che limitino effettivamente la concorrenza. L'uso del criterio "concorrente altrettanto efficiente" è facoltativo, ma se l'impresa dominante lo usa, l'Autorità deve valutarne la validità.

A parere della Corte l'onere della prova in ordine alla dimostrazione dell'eventuale comportamento anticoncorrenziale cede, quindi, a carico delle Autorità. La Corte sottolinea, inoltre, l'importanza di analisi concrete e prove tangibili per valutare gli effetti delle pratiche contestate sulla concorrenza, offrendo linee guida chiare sull'iter da seguire.

Le conclusioni della CGUE indicano il viatico da seguire per le future decisioni delle Autorità di Vigilanza europee in ordine all'abuso di posizione dominante, clausole di esclusiva, pratiche scontistiche e sul relativo onere della prova.

L'iter ampiamente analizzato fa emergere le criticità del diritto antitrust nonché le difficoltà da parte dell'AGCM di analizzare le condotte poste in essere dagli operatori.

Le leggi antitrust costituiscono la base legale per prevenire condotte abusive che ledono la libera concorrenza. Tuttavia, data la natura dinamica e in continua evoluzione delle pratiche economiche, è difficile creare un quadro normativo dettagliato per tutte le situazioni abusive e risulta, inoltre, difficile fornire chiare definizioni delle fattispecie. In virtù di ciò nasce l'arduo compito di valutazione in capo alle Autorità di vigilanza chiamate a svolgere l'attività di monitoraggio e di controllo. I legislatori possono fornire linee guida, ma è necessario che le Autorità di vigilanza e i Giudici di Merito valutino le condotte in modo più adeguato tenendo conto dei *competitors* nel settore nonché del mercato rilevante in cui le imprese agiscono.

Un sistema più coerente dovrebbe concedere alle Autorità la facoltà di decidere caso per caso, evitando valutazioni aprioristiche, tenendo in considerazione il

contesto di mercato e la specifica situazione. Inoltre, dovrebbe consentire loro di condurre indagini approfondite e analisi settoriali.

È essenziale che le Autorità agiscano in modo proattivo per prevenire l'abuso di posizione dominante, rispondendo prontamente a segnali di comportamenti scorretti, ma con cognizione di causa e avendo i dovuti elementi probatori. L'interazione di leggi rigorose, sorveglianza attiva e promozione della concorrenza può contribuire a creare un ambiente di mercato più equo e vantaggioso per tutti gli attori.

In sintesi, una normativa antitrust è importante, ma non è da sola sufficiente dato il mutevole scenario economico.

Dalla controversia esaminata, sebbene ad oggi non ancora conclusa, emerge che la Corte ha delineato la direzione da seguire relativamente all'interpretazione dell'art. 102 TFUE ed in particolare in materia di clausole di esclusiva illustrando alle Autorità di Vigilanza l'iter da seguire per i casi futuri.

In conclusione sarebbe opportuno, al fine di garantire una più corretta valutazione delle condotte, fornire alle Autorità di vigilanza maggiori linee guida sulla valutazione delle fattispecie e maggiori risorse per porre in essere analisi mirate che possano tener conto dell'abusività delle pratiche in concreto poste in essere.

È evidente e noto che la normativa in materia non ha la capacità di regolamentare tutte le pratiche commerciali che costantemente mutano al passo delle esigenze dei consumatori e per massimizzare il profitto delle imprese.

Indi per cui è necessario, innanzi all'impossibilità del legislatore di normare tutte le fattispecie, porre le Autorità di Vigilanza nelle condizioni di esercitare il loro ministero nel modo più efficiente possibile. In tal guisa l'intero sistema ne trarrebbe giovamento incrementandosi la reciproca fiducia tra controllore e controllato.

BIBLIOGRAFIA

- *AMATO G.*, Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia, in Associazione Italiana dei costituzionalisti (a cura di), *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Atti del Convegno di Sorrento del 30 maggio 1997, Padova, 1999.
- *AMATO G.*, Il mercato nella costituzione, in *La costituzione economica: atti del convegno di Ferrara*, 1997.
- *AMMANNATI L.*, *Diritto antitrust, concorrenza e mercati*, Giuffrè, 2000.
- *AMORESE M.*, Sentenza Unilever (emessa dalla CGUE il 19 gennaio 2023, causa C-680/20): ulteriori chiarimenti sull'abuso di posizione dominante, *Diritto della Concorrenza*, 30 Gennaio 2023, in <https://www.amsl-law.it/sentenza-unilever-emessa-dalla-cgue-il-19-gennaio-2023-causa-c-680-20-ulteriori-chiarimenti-sullabuso-di-posizione-dominante/>
- *ARGENTATI A.*, *Concorrenza e mercato*, in: Pellegrini M., *Corso di diritto pubblico dell'economia*, CEDAM, 2016.
- *BALDI* con la collaborazione di Venezia, *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising.*, 7^a ed. 2001.
- *BALDI R. e VENEZIA A.*, *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, Giuffrè 2020.
- *BALZANO M. e GRILLO M.*, *Concorrenza e regolazione: limiti dell'intervento antitrust*, in *Analisi Giuridica dell'Economia* n. 2, 2002.
- *BIN R., PITRUZZELA G.*, *Diritto pubblico*, Percorso I Organizzazione dei poteri pubblici
Percorso II Atti pubblici e tutela dei diritti, Quindicesima edizione, Giappichelli Editore, 2022
- *BONASI - BENUCCI*, *Esclusiva (clausola di)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, 1964.

- *BREYER S.*, Regulation and its reform, Harvard University Press, 1982: " Regulation and antitrust aim at similar goals - i.e., low and economically efficient prices, innovation, and efficient production methods (...) Regulation, however, seeks to achieve them directly whereas antitrust seeks to achieve them indirectly by promoting and preserving a process that tends to bring them about. "
- *BRODLEY*, The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare and technological progress, in N. Y. L. Rev., 1987.
- *CAIANIELLO V.*, Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile, in Rassegna Giuridica Energia Elettrica, 1997.
- *CASSESE S.*, Regolazione e Concorrenza, in Tesauro G., D'Alberti M. (a cura di), Regolazione e Concorrenza, Il Mulino, 2000.
- *CATRICALA' A., CAZZATO C. e EDOARDO C. e FIMMANÒ F.* (a cura di), Diritto Antitrust, 2021.
- *CLARICH M.*, Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello, Il Mulino, 2005.
- *D'AMORE C.*, La giurisprudenza amministrativa sulla legge antitrust (secondo semestre 2009 e 2010) di Claudia D'Amore - Fonte: Concorrenza e mercato, fasc.0, 2011.
- *DE ANGELIS M.*, Quando il comportamento commerciale dei distributori è imputabile alla posizione dominante del produttore? La risposta della Corte di Giustizia, in News di settore Antitrust, 20 Febbraio 2023, da: <https://legal-team.it/distributori-posizione-dominante-produttore-corte-giustizia/>.
- *DE STREEL A.*, Antitrust and Sector-Specific Regulation in the European Union: The Case of Electronic Communications, in R. Dewenter, J. Haucap (edited by), Access Pricing: Theory and Practice, Emerald Group, 2007.

- *DI PORTO F.*, Scambi di informazioni e abusi di posizione dominante: una rilettura degli “abusi informativi” e dei relativi rimedi, *Concorrenza e mercato*, fasc. 1, 1 gennaio 2014.

- *FATTORI P., TODINO M.*, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, ed., 2019.

- *FERRI*, *Esclusiva (Patto di)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol VI, 1964.

- *GALGANO F.*, in *Diritto Privato*, 2012.

- *GHEZZI F., OLIVIERI G.*, *Diritto antitrust*, Giappichelli, 2003, Torino.

- *GUENZI M.*, *L’efficienza paretiana nel mercato dell’arte contemporanea*, su “*Economia e Diritto*”, 1 luglio 2014: <http://www.economiaediritto.it/tag/efficienza-allocativa/>

- *GRILLO M., RANCI P.*, *Tutela della concorrenza e regolazione settoriale*, in *Economia e Politica Industriale*, n. 87, 1995.

- *LAZZARA P.*, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 0, 1 DICEMBRE 2015.

- *LO CONTE R.*, *Abuso di posizione dominante nel mercato concorrenziale: il caso Unilever dei gelati Algida*, 2018, da: https://www.diritto.it/abuso-posizione-dominante-nel-mercato-concorrenziale-caso-unilever-dei-gelati-algida/#_ftn64.

- *MANETTI M.*, *Le Autorità indipendenti*, Laterza, 2007.

- *MANGANELLI A.*, *Il principio di concorrenza fra antitrust e regolazione. Il caso delle comunicazioni elettroniche*, Fonte: *Concorrenza e mercato*, fasc.1, 2013.

- *MERUSI F.*, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in F. Bassi, F. Merusi (a cura di), *Mercati ed amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, 1993.

- *MONTI G.*, Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law, in *The Competition Law Review*, n. 2, 2008.

- *NAPOLITANO G.*, Towards a European legal order for services of general economic interest, in *European Public Law*, 2005.

- *NICITA A.*, *PARDOLESI R.*, Il Nobel che fece l'impresa. Coase e il governo delle regole incomplete, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 3, 2008.

- *PACE L.F.*, L'iniziativa economica provata come diritto di libertà. Implicazioni teoriche e pratiche, in studi in memoria di PIGA, 1992. Estratto tratto da: XVI legislatura La libertà d'impresa tra l'articolo 41 e l'articolo 118 della Costituzione. Ottobre 2010 n. 244 a cura di: G. BUONOMO.

- *PERA A.*, Antitrust italiano: gli anni della fondazione: 1990-1994, di ALBERTO PERA, Fonte: *Concorrenza e mercato*, fasc.0, 2011.

- *PERA A.*, Appunti sulla riforma delle Autorità: regolazione e concorrenza, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 2, 2002.

- *PROSPERETTI L.*, *Economia e diritto antitrust: un'introduzione*, Carocci, 2006.

- *PROSPERETTI L.*, I rapporti fra regolazione e concorrenza, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 2, 2002.

- *PROSPERETTI L.*, Prova e valutazione del danno antitrust, in *Mercato concorrenza regole*, 2008.

- *TESAURO G.*, *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione Europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2014.

- *SANDRI S.*, Il punto sui marchi di rinomanza dopo la sentenza Intel, in *Il Dir. Ind.*, 2/2009.

- *SCOGNAMIGLIO PASINI C.*, *Economia industriale. Economia dei mercati imperfetti*. 3. Ed. LUISS University Press, Roma, 2016.

- *SMITH A.*, *La ricchezza delle nazioni*, pubblicato nel 1776.

- *TONIM.*, La sorte delle intese concluse prima dell'entrata in vigore della l. 287/90 e l'arbitrabilità degli accordi aventi ad oggetto la disciplina della concorrenza, in *Riv. dir. ind.*, 1997.

- *VILLANI U.*, *Istituzioni di diritto dell'unione Europea*, Libreria Universitaria, 2013.

SITOGRAFIA

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62020CJ0680>.

<https://www.agcm.it/competenze/tutela-della-concorrenza/intese-e-abusi/#:~:text=Gli%20abusi%20di%20posizione%20dominante,elevate%20in%20un%20determinato%20mercato>.

[https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?url1Str=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/55F91127FBB8B187C1256B0A00326BDA/\\$File/p10080.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?url1Str=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/55F91127FBB8B187C1256B0A00326BDA/$File/p10080.pdf).

<https://www.dirittodelrisparmio.it/2023/01/19/abuso-di-posizione-dominante-e-clausole-di-esclusiva-contenute-nei-contratti-di-distribuzione-la-sentenza-della-cgue/>.

<https://www.eius.it/giurisprudenza/2023/013>.

[https://www.treccani.it/enciclopedia/second-best_\(Dizionario-di-Economia-e-Finanza\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/second-best_(Dizionario-di-Economia-e-Finanza)/).

<https://legal-team.it/distributori-posizione-dominante-produttore>

<https://www.amsl-law.it/sentenza-unilever-emessa-dalla-cgue-il-19-gennaio-2023-causa-c-680-20-ulteriori-chiarimenti-sullabuso-di-posizione-dominante/-corte-giustizia/>.

https://www.diritto.it/abuso-posizione-dominante-nel-mercato-concorrenziale-caso-unilever-dei-gelati-algida/#_ftn64.