

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE,
GIURIDICHE E STUDI INTERNAZIONALI

Corso di laurea *Triennale* in
DIRITTO DELL'ECONOMIA



ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE DEL CASO
UNILEVER. STRUTTURA ED ECCERTAMENTO
DELL'ILLECITO ANTICONCORRENZIALE.

Relatore: Prof. Romagnoli Gianluca

Laureando: Zennaro
Aurora

matricola N. 1201006

A.A. 2022/2023

SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	3
CAPITOLO I	4
1. Cenni generali.....	4
1.1 L’abuso di posizione dominante.....	5
1.2 Normativa nazionale e comunitaria di riferimento.....	6
1.3 Condotte abusive.....	11
1.4 La valutazione degli sconti.....	14
CAPITOLO II	17
2.1 Elemento oggettivo e soggettivo dell’impresa.....	17
2.2 Il mercato rilevante.....	18
2.3 L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.....	20
2.3.1 Struttura e competenze.....	21
2.4 Procedimento e controllo giurisdizionale.....	22
2.4.1 fase pre-istruttoria.....	24
2.4.2 Fase istruttoria.....	24
2.4.3 Chiusura istruttoria e le decisioni dell’Autorità.....	26
2.5 Le sanzioni e l’evoluzione della disciplina sanzionatoria.....	27

CAPITOLO III	29
3.1 La vicenda Unilever dei gelati Algida.....	29
3.2 La disciplina della concorrenza in ambito nazionale e comunitario.....	32
3.3 La posizione di Unilever.....	33
3.4 Il mercato del gelato monodose e la “concorrenza per la contrattualizzazione dell’ercente”.....	34
3.5 I rapporti tra Unilever e la propria clientela.....	35
3.5.1 I rapporti tra Unilever e i propri concessionari.....	37
3.6 Le condotte poste da Unilever.....	39
3.6.1 L’esclusiva merceologica.....	40
3.6.2 Gli sconti e i compensi fidelizzanti.....	42
3.7 Le argomentazioni di Unilever.....	44
3.8 Le condotte adottate da Unilever.....	46
3.9 L’ordinanza del Consiglio di Stato e le ragioni alla base del rinvio pregiudiziale.....	48
 CONCLUSIONI.....	 56
 BIBLIOGRAFIA	 57

INTRODUZIONE

Per concorrenza si intende quel rapporto che lega e contrappone gli agenti economici impegnati nel rifornire la società di beni e servizi. Si tratta di una dinamica fondamentale per il corretto funzionamento di un'economia di mercato, suscettibile di determinare una riduzione dei prezzi e un miglioramento della qualità di beni e servizi, ma anche idonea ad incentivare l'innovazione, sempre a beneficio del consumatore. Per queste ragioni, l'ordinamento tutela il mercato dalle pratiche distorsive della fisiologica dinamica concorrenziale, adoperando a tal fine gli istituti del diritto *antitrust*.

Nel presente elaborato si intende introdurre e approfondire la natura e le forme dell'abuso di posizione dominante, concludendo infine, con l'analisi di una vicenda di abuso, dove vi è come protagonista l'azienda Unilever Italia Mkt. Operations S.r.l.

A tal fine, appare necessario ripercorrere preliminarmente l'evoluzione e le finalità progressivamente attribuite alle norme, alla luce delle quali esaminare la casistica in materia.

CAPITOLO I

-L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE NELLA NORMATIVA A TUTELA DELLA CONCORRENZA: ELEMENTI COSTITUTIVI DELLA FATTISPECIE E ASPETTI PROBLEMATICI-

Sommario: **1** Cenni generali; **1.1** l'abuso di posizione dominante; **1.2** normativa nazionale e comunitaria di riferimento; **1.3** condotte abusive; **1.4** la valutazione degli sconti.

1 Cenni generali

Ciascuna impresa operante sul mercato aspira a raggiungere una posizione che le consente di massimizzare i profitti; è proprio per tentare di accumulare potere di mercato, che le imprese competono tra loro, formando quel circolo di concorrenza, innovazione e progresso in grado di apportare benefici per la collettività. Il fisiologico processo può tuttavia degenerare verso forme patologiche qualora una o più imprese utilizzino il proprio potere al fine di estromettere gli altri concorrenti dal mercato, con grave pregiudizio per i consumatori. Da ciò deriva l'esigenza da parte delle Autorità antitrust, di reprimere quelle condotte attuate dalle imprese che falsano il normale funzionamento del mercato concorrenziale.

Sino agli anni '80 l'Italia ha perseguito un modello di sviluppo economico fondato su un intervento pubblico massiccio e pervasivo, in un contesto caratterizzato da un debole sistema produttivo nazionale. Verso la fine degli anni '80, sotto l'impulso delle iniziative liberalizzatrici delle Comunità europee l'accelerazione del processo di integrazione europea, sono emersi i limiti dei modelli di dirigismo economico propri di stati dove il potere pubblico aveva assunto un ruolo particolarmente ampio.

Si è così innescato un processo di ripensamento della funzione dello stato rispetto alle attività economiche e al ridimensionamento del ruolo e delle modalità dell'intervento pubblico nella sfera economica, attraverso la privatizzazione di imprese pubbliche e la liberalizzazione di settori in precedenza sottratti alla libera concorrenza. In questo

contesto ha ripreso vigore il dibattito sull'inserimento di una disciplina antitrust, che ha portato all'introduzione della legge n. 287/90.

1.1 L'abuso di posizione dominante

Per potere dominante si intende la capacità di un'impresa di aumentare i propri prezzi in maniera durevole e profittevole. La Corte di Giustizia europea ha definito la posizione dominante come *“una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori”*¹. La dominanza sta quindi nella capacità di decidere le proprie strategie commerciali senza subire sostanziali condizionamenti da parte degli altri attori del mercato. È essenziale, per la sussistenza di una posizione dominante, la determinazione del mercato rilevante nel quale l'impresa esercita il suo potere e un'analisi delle caratteristiche strutturali del mercato e delle imprese che vi operano. Assume un rilievo preponderante la definizione della quota di mercato riferibile alla dominante, da rapportarsi inoltre alle singole quote detenute da ciascuna delle imprese attive.

Per evitare che dalla posizione di dominio derivino condotte che ledano la concorrenza, si è introdotto il divieto di sfruttamento abusivo della posizione dominante, dal quale si ricava che ciascun soggetto può lecitamente aspirare all'ottenimento di un rilevante potere economico ma, laddove lo ottenga, verrà sottoposto ad una “responsabilità” consistente nel non abusare della propria forza compromettendo ulteriormente la dinamica concorrenziale, già resa fragile in virtù della sua sola presenza nel mercato.

Finora si è dato per scontato che la posizione dominante fosse detenuta da un'unica impresa. In realtà, la normativa di riferimento, vieta lo sfruttamento della posizione dominante “da parte di una o più imprese”, ammettendo di conseguenza anche la configurabilità di una posizione dominante collettiva². Sebbene i risultati in termini di

¹ Cfr. CG, sent. 13 febbraio 1979, C-85/76, Hoffmann-La Roche/Commissione

² Preliminarmente bisogna chiarire che non sempre, di fronte alla detenzione di una posizione dominante da parte di una pluralità di soggetti, può applicarsi la disciplina in esame. In effetti, la pluralità richiesta

inefficienza siano i medesimi, la natura della posizione dominante collettiva appare parzialmente differente rispetto a quella individuale. In effetti, se quest'ultima consiste in una "situazione soggettiva statica", di per sé pienamente lecita, la posizione dominante collettiva si manifesta direttamente attraverso un abuso, sostanziandosi in un "parallelismo consapevole" delle condotte di un insieme di imprese³.

1.2 Normativa nazionale e comunitaria di riferimento

In Italia si è giunti all'emanazione di una normativa a tutela della concorrenza con un significativo ritardo rispetto ai partner europei. Notevoli sono state le difficoltà incontrate in sede legislativa e concretizzatesi in una pluralità di proposte di legge mai approvate⁴.

La legislazione per la tutela della concorrenza si inserisce tra gli strumenti di intervento pubblico nell'economia volti a tutelare non solo la libertà di impresa ma anche i diritti dei consumatori da comportamenti delle imprese stesse. Il ruolo dello Stato nel promuovere la crescita economica è limitato ad interventi indiretti in grado di fornire un quadro di

deve avere natura sostanziale, presupposto carente in determinati assetti societari (c.d. gruppi di imprese) laddove è presente una direzione unitaria delle imprese "controllate" da parte di una impresa "controllante". In questi casi, la posizione dominante sarà attribuita a quest'ultimo soggetto, qualificando il gruppo come un'unica impresa ai fini del diritto antitrust.

³ In particolare, oltre a verificare che non si tratti di un parallelismo puramente occasionale, bisognerà fornire la prova che la relativa convergenza "non costituisca il frutto di autonome scelte imprenditoriali quanto l'espressione di un vero e proprio equilibrio collusivo" [AGCM, Relazione Annuale, 2008, pag. 181]. Si precisa pure che la collusione in essere, sostanziandosi in comportamenti paralleli, può presentare indubbe analogie con la "pratica concordata", poiché anche in tal caso avremo una concertazione fra imprese pienamente autonome e indipendenti. Il discrimine fra le due fattispecie potrà individuarsi nel modo in cui le imprese coinvolte si presentano nel mercato di riferimento, determinando un abuso collettivo nel caso in cui si presentino come un'entità collettiva sotto il profilo economico, in grado di tenersi indifferente rispetto alle dinamiche concorrenziali. In mancanza di tale percezione unitaria, parleremo invece di pratica concordata. La differenza fra le due fattispecie non è meramente scolastica, considerando che l'intesa potrebbe venire esentata, evenienza radicalmente esclusa nel caso di abuso collettivo di posizione dominante.

⁴ Se si considera che l'antitrust comunitario, attraverso la stipula del Trattato di Roma, nasce nel 1957, e che la maggior parte degli Stati membri si dotarono di una corrispondente normativa nazionale nei decenni successivi, si può dire che l'Italia giunse a tale traguardo con un ritardo significativo. Invero furono notevoli le difficoltà incontrate in sede legislativa e concretizzatesi in una pluralità di proposte di legge mai approvate, fra le quali si ricorda il ddl Togni del 1950, prima proposta di legge in materia di concorrenza alla quale seguirono molte altre senza che si potesse giungere all'approvazione del Parlamento. Ad ognuna di queste iniziative seguiva l'annoso sul rapporto fra impresa privata e impresa pubblica, oltre che l'interventismo statale che nell'economia assunse una singolare "funzione sociale", chiarendo come, la politica del tempo, fosse ancora distante dalle logiche del libero mercato, quanto meno nel mercato interno [BERNINI, "Un secolo di filosofia antitrust", 1991, pag. 295 – 300]

riferimento al fine di indirizzare i comportamenti che gli operatori economici si accingono ad attuare nel mercato.

La legge nazionale che ha dettato, per la prima volta, una disciplina completa per la tutela della concorrenza e del mercato è la n. 287/1990. Si è dovuto attendere il 1990 affinché la legge n. 287, recante “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”, portasse il nostro ordinamento in linea con il resto dell’Europa comunitaria, influenzando peraltro in maniera significativa nell’interpretazioni della stessa Costituzione, il cui contenuto in materia economica è sempre apparso profondamente ambiguo. Affermando la propria natura attuativa del diritto di iniziativa economica contenuto all’art. 41 della Costituzione⁵, la legge antitrust rappresenta l’ultima tappa di un difficile percorso di reinterpretazione della Suprema Fonte in senso favorevole alle logiche del libero mercato. Mancando un riconoscimento diretto della concorrenza come valore costituzionale⁶, l’unica strada percorribile per giustificare il suddetto riferimento sarebbe desumerne un riconoscimento in maniera implicita, combinando il principio di eguaglianza ex art. 3⁷ con la libertà di iniziativa economica sancita all’art. 41 della Costituzione⁸. In tal modo, si individuerrebbe nel mercato concorrenziale l’ambito elettivo nel quale attuarsi l’eguaglianza fra agenti economici⁹. Eppure, una simile interpretazione è stata per lungo tempo osteggiata in ragione della struttura composita dell’art. 41, che potrebbe parimenti prestarsi ad interpretazioni ben diverse qualora l’interprete individuasse nel limite all’iniziativa privata, ossia l’utilità sociale enunciata nel secondo comma, il vero fulcro del principio costituzionale. Accogliendo quest’ultima conclusione la libertà economica,

⁵ “Le disposizioni della presente legge in attuazione dell’articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese [...]” [Art. 1, comma I, legge 10 ottobre 1990, n. 287]

⁶ Ad oggi, invero, nella Costituzione compare la “tutela della concorrenza” all’art. 117, come modificato dalla Legge Costituzionale n. 3/2001, ma al solo scopo di attribuire la competenza legislativa in materia, in via esclusiva, allo Stato.

⁷ Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

⁸ 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 (art. 41, Costituzione della Repubblica Italiana).

⁹ Cfr. G. GHIDINI, E. AREZZO, “La tutela della concorrenza nella Costituzione economica comunitaria e nazionale”, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), “20 anni di antitrust: l’evoluzione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato”, 2010, pag. 217

fondamento stesso del libero mercato, risulterebbe molto ridimensionata, lasciando adito ad ingerenze stataliste giustificate da una non meglio delineata utilità sociale¹⁰.

La non univocità dei principi costituzionali in materia economica, d'altro canto, può facilmente spiegarsi guardando al contesto storico nel quale venne concepita la Costituzione. Le forti divisioni ideologiche che caratterizzarono la società italiana lasciano presupporre che una scelta più marcata avrebbe verosimilmente frantumato quel fragile equilibrio venutosi a creare fra le diverse anime repubblicane. La ricerca del compromesso fra le contrapposte impostazioni ideologiche era dunque necessaria¹¹. Eppure, sarà proprio grazie alla conseguente elasticità interpretativa delle norme costituzionali che, paradossalmente, la tutela del mercato concorrenziale poté entrare nel nostro ordinamento senza prima passare da un incerto processo di revisione costituzionale¹². L'assorbimento di tale principio, infatti, avvenne per osmosi attraverso il recepimento del diritto di derivazione comunitaria¹³, nel cui grembo il ruolo del libero

¹⁰ Anche guardando al dettato costituzionale nel suo complesso, numerosi sarebbero gli argomenti in grado di ridimensionare una lettura in tal senso modernizzatrice. In effetti, la maggior parte dei valori enunciati nella Costituzione presentano una terminologia di tutt'altro tenore. Se confrontato con la "tutela" della salute e del lavoro, o con la "promozione" della cultura e della ricerca scientifica, il più mite riconoscimento della "libera" iniziativa economica privata potrebbe far intendere una relativamente inferiore considerazione della stessa, spostando l'asse della norma sul già citato limite dell'utilità sociale [G. GHIDINI, E. AREZZO, op cit.]; in altre parole, la lettera dell'art. 41.1 risulterebbe carente sotto il profilo del riconoscimento programmatico, soprattutto se confrontata con altre disposizioni costituzionali, ragion per cui non mancarono compressioni della suddetta libertà in ragione dell'attuazione di valori meglio esplicitati nel dettato costituzionale. Una prova di tale tendenza può ricercarsi nei frequenti interventi pubblici a sfondo "garantista", oltre che al ruolo di "Stato imprenditore" che lo Stato ha rivestito in Italia fino all'ultimo quarto del XX secolo [S. CASSESE, "La nuova Costituzione Economica", 2004]

¹¹ Il risultato fu un inquadramento nei termini della c.d. "economia mista", ossia un accostamento di elementi privatistici al riconoscimento del ruolo regolatore dello Stato. I problemi interpretativi giungono proprio da una insufficiente definizione di tale ruolo, il quale risulta così idoneo ad ingigantirsi oltremisura, soprattutto in ragione della necessità di attuare quei valori di eguaglianza positiva sicuramente meglio esplicitati in sede costituente. È risaputo infatti che, nel secondo dopoguerra, lo Stato non avrebbe certo ridotto a sua presenza anzi l'incremento nella domanda di servizi pubblici e l'attuazione del principio democratico di estensione positiva dei diritti (art. 2 e 3 Cost.), hanno fatto sì che lo Stato si interessasse sempre più in via diretta all'economia nazionale, incrementando le gestioni pubbliche e sostenendo attivamente l'economia privata [G. BOGNETTI, "La Costituzione economica italiana", 1995, pag. 5, 22]

¹² In dottrina non mancano posizioni di concordia rispetto alla formula dell'art. 41, che vedono anzi una certa "lungimiranza [...] nel redigere [...] una norma costituzionale così delicata per la sua intrinseca connessione con la forma di Stato, [che] sia stata capace di garantire fino ad oggi, attraverso il fine dell'utilità sociale, la sua adeguatezza costitutiva rispetto a sistemi economici di diversa natura" [F. ZATTI, "Riflessioni sull'art. 41 Cost: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione", reperibile al sito: www.forumcostituzionale.it]

¹³ Si ricordi che la riconduzione del fondamento costituzionale dei Trattati all'art. 11 Cost. (L'Italia [...] consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo) consente di attribuire alle fonti comunitarie e ai principi in esse sanciti, il

mercato e della concorrenza come regola nei rapporti fra agenti economici, vennero riconosciuti come valori ed espressamente promossi attraverso i Trattati.

In conclusione, è possibile affermare che risieda nella libera iniziativa privata il fulcro dell'art. 41, mentre il richiamo del secondo comma all'utilità sociale può considerarsi inclusivo della stessa tutela della concorrenza, limite necessario ad impedire che l'azione dei singoli possa porsi in contrasto con le esigenze della collettività.

L'ordinamento tutela il mercato dalle pratiche distorsive della fisiologica dinamica concorrenziale, adoperando a tal fine gli istituti del diritto antitrust. In particolare, il sistema antitrust italiano si articola su tre istituti: divieto di intese restrittive della concorrenza, divieto di abuso di posizione dominante e controllo delle concentrazioni. Tali istituti intendano evitare che venga meno una condizione di "concorrenza sostenibile", nella quale nessun agente economico, singolarmente o nel coordinarsi con altri, detenga un potere tale da permettergli di manovrare il mercato, ponendo in essere i comportamenti tipici del monopolista.

Il legislatore si è preoccupato di istituire una autorità amministrativa indipendente denominata AGCM (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), che vigila sul rispetto della legge, ad essa è affidato il compito essenziale di intervenire al fine di accertare, inibire ed eventualmente sanzionare le condotte anticoncorrenziali poste in essere dalle imprese sul mercato. A tal fine ha poteri istruttori e decisionali utile a garantire il ripristino delle condizioni di concorrenza effettiva. È titolare, inoltre, di poteri consultivi nelle iniziative legislative e regolamentari e deve segnalare al Parlamento e al Governo ogni eventuale distorsione determinata da norme di legge, di regolamento o da provvedimenti amministrativi di carattere generale.

Nell'ambito dell'ordinamento comunitario, a causa del progressivo ampliamento dell'Unione Europea, il carico di lavoro gravante sulla Commissione divenne tale da rendere insostenibile l'efficace controllo di ciascuna pratica. Consapevole di tale limite, ma conscia di aver già dato un significativo indirizzo a livello continentale, la

medesimo rango dei principi fondamentali contenuti nella Costituzione stessa. Su tali basi si fonda il c.d. primato comunitario, tale da rendere prevalente le fonti di derivazione comunitaria rispetto al diritto interno, col solo limite dei principi fondamentali suddetti [R. BIN, G. PITRUZZELLA, "diritto costituzionale", 2014]

Commissione cominciò progressivamente ad affidare l'applicazione della normativa comunitaria alle autorità nazionali¹⁴, facendo così ricorso al principio di sussidiarietà. La disciplina della concorrenza è stata interessata da due recenti evoluzioni normative. Dopo il primo Regolamento n. 17/1962¹⁵, il passo successivo riguardò l'emanazione del regolamento n.1 del 2003, attraverso il quale venne implementato il decentramento dell'applicazione dell'antitrust comunitario, affidando maggiori competenze alle autorità garanti nazionali e riservando alla Commissione i soli casi di maggiore importanza, con lo scopo di assicurare l'esigenza di coordinamento di un mercato unico integrato anche a seguito dell'entrata nell'Unione Europea di nuovi Stati membri. Si è realizzato con questo intervento, un passaggio da un sistema di divieti ad un sistema di eccezioni immediatamente applicabili, oltre ad una migliore efficienza dell'azione della Commissione tramite una maggiore trasparenza delle procedure di controllo e il decentramento del processo decisionale in capo alle autorità nazionali secondo le loro procedure.

La politica antitrust europea si sviluppa a partire da due regole centrali stabilite nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea: l'Art. 101 TFUE, il quale detta l'incompatibilità 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, e l'Art. 102 TFUE (ex art. 82 TCE), che afferma il divieto, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, dello sfruttamento abusivo da parte di una

¹⁴ Cfr. V. MANGINI, "Lineamenti generali", in AA.VV., "Diritto industriale: proprietà intellettuale e concorrenza", 2009, pag. 415; A. ADINOLFI, L. DANIELE op. cit., pag. 15

¹⁵ La Commissione CE afferma che il Regolamento n. 17, ovvero il sistema istituito con il Regolamento n. 17, non ha sortito gli effetti sperati; tuttavia, si deve sottolineare che il sistema era pensato per una aggregazione che comprendeva solo sei Stati membri, che nel corso degli anni la Commissione CE ha dato sempre maggiore rilevanza agli interventi nel settore della concorrenza, che solo dal 1990 si è cominciata la liberalizzazione. La Commissione CE si è dunque trovata di fronte ad un sistema che è divenuto sempre di più ingestibile per cui, anche alla luce dell'ingresso dei nuovi dieci Stati membri, ha reso opportuno l'abbandono di un sistema fortemente centralizzato, coinvolgendo sempre maggiormente le istituzioni nazionali che dovrebbero avere ormai acquisito l'esperienza necessaria per poter applicare direttamente le disposizioni del Trattato.

o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo.

1.3 Condotte abusive

Ai fini dell'applicabilità dell'art. 3 della legge 287/90 e dell'art.102 TFUE¹⁶ occorre identificare una condotta qualificabile come abusiva da parte di un'impresa in posizione dominante.

Le condotte abusive vengono generalmente distinte in due macro-categorie, gli abusi di sfruttamento, che coinvolgono i comportamenti con cui l'impresa dominante si limita a sfruttare il proprio potere di mercato nei confronti dei propri contraenti (clienti e fornitori), al fine di realizzare profitti sovra competitivi, e gli abusi di esclusione, ossia condotte commerciali con scopo di estromettere i concorrenti, aumentandone i costi di ingresso sul mercato, oppure precludendo loro gli sbocchi e/o approvvigionamenti, con l'intento di monopolizzare il mercato.

L'art 3 della legge 287/90, in armonia con il modello comunitario dell'art 102 TFUE, prevede più condotte ritenute abusive, tra cui: la fissazione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustamente gravose, le quali rientrano nella categoria degli abusi di sfruttamento, trattandosi di condotte poste in essere dall'impresa nei confronti delle sue parti commerciali non concorrenti¹⁷; impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli

¹⁶ Articolo 102 (ex articolo 82 del TCE): È incompatibile con il mercato interno e vietato, 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 una parte sostanziale di esso. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel 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.

¹⁷ Si rilevi, innanzitutto, che solitamente l'*incumbent* trae vantaggio da tali pratiche qualora operi, direttamente o tramite controllata, anche nel mercato collegato dipendente dal proprio output. L'effetto ricercato dalla dominante sarebbe quello di attribuirsi un vantaggio concorrenziale espandendo la propria

accessi al mercato, a danno dei consumatori (pratiche escludenti); applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, determinando ingiustificati svantaggi nella concorrenza (pratiche discriminatorie); Subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi (pratiche leganti).

È vietata l'adozione da parte dell'impresa in posizione dominante di prezzi o condizioni contrattuali c.d. "predatori" (*predatory pricing*), rappresenta una tipica condotta abusiva escludente, che può verificarsi laddove l'impresa dominante ponga in essere una strategia di vendita a prezzi "sottocosto" non giustificata da ragioni di efficienza economica, quanto piuttosto da intenti escludenti, ossia al fine di estromettere dal mercato i concorrenti più deboli, privi di risorse finanziarie adeguate a sopportare una prolungata guerra dei prezzi.

Nel descrivere la pratica dei prezzi predatori, gli economisti fanno riferimento alla c.d. storia base, ossia ad un'esemplificazione dei passaggi attraverso i quali l'impresa predatrice sviluppa la propria strategia escludente ai danni delle imprese concorrenti.

Molto sinteticamente, l'esemplificazione descrive la condotta escludente dei prezzi sottocosto, consistente nel praticare di prezzi talmente bassi da non risultare remunerativi. Si delinea un comportamento indubbiamente antieconomico¹⁸, rispetto al quale è possibile rinvenire un'unica giustificazione razionale: l'intento di estromettere il concorrente. In effetti, nella strategia descritta, la dominante accetta di subire delle perdite nel breve termine pur di attirare sul proprio prodotto l'intera domanda del bene o servizio in questione. In questo modo, le imprese concorrenti, che a differenza della dominante non potrebbero sopportare una guerra sui prezzi, non avrebbero modo di collocare il proprio output, finendo inesorabilmente per abbandonare il mercato.

posizione nel mercato dipendente, dove le imprese discriminate non rivestono la qualità di acquirenti, ma quella di concorrenti.

¹⁸ Si anticipa fin d'ora che l'anti economicità debba essere intesa nella medesima accezione desumibile ex art. 2082 c.c, emergendo in tal senso qualora, dall'analisi dell'attività di impresa, appaia evidente la consapevolezza, nell'imprenditore, dell'impossibilità di recuperare i costi sostenuti per l'immissione del bene, o servizio, nel mercato.

Alla prima lettera dell'art. 3, legge n. 287/90, troviamo due tipologie di abuso accomunate dalla natura verticale della condotta. La disposizione vieta, infatti, l'imposizione di "prezzi d'acquisto o vendita, o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose", pratiche dunque non prettamente riferite all'esercizio di una preclusione concorrenziale ma allo sfruttamento di una già consolidata posizione dominante. Attraverso tale condotta, l'impresa aspira a realizzare profitti sovra-competitivi, danneggiando di conseguenza le proprie controparti contrattuali¹⁹.

Il primo aspetto da approfondire riguarda la gravosità ingiustificata del prezzo o, per utilizzare la terminologia dei Trattati comunitari, la non equità. In effetti, la possibilità di qualificare un prezzo come "non equo" presuppone l'individuazione del parametro in base al quale valutare la sussistenza o meno di tale requisito, risultato ottenibile ex ante per mezzo della regolazione, ed ex post attraverso il confronto fra i prezzi praticati nel mercato dominato e quelli relativi ad un mercato con connotazioni analoghe ma caratterizzato dalla presenza di una concorrenza effettiva²⁰.

L'impresa che si trova in posizione dominante tiene un comportamento abusivo non consentito quando pone altresì in essere comportamenti finalizzati a limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori e concorrenti. Si tratta di condotte dirette a creare delle barriere all'ingresso di un determinato mercato con l'obiettivo di ostacolare possibili imprese concorrenti.

Un'ulteriore ipotesi tipica di condotta non consentita ha ad oggetto le c.d. condotte anticoncorrenziali discriminatorie, ovvero fattispecie che si verificano quando l'impresa titolare di una posizione dominante applica condizioni dissimili per prestazioni

¹⁹ Le parti direttamente danneggiate dalla condotta sono i consumatori o gli imprenditori collocati su di un differente livello della scala di produzione. Tali soggetti, posta l'assenza di un'adeguata concorrenza su cui dirottare la domanda, si ritrovano a dover accettare condizioni sicuramente svantaggiose, fenomeno che la scienza economica traduce nella traslazione di una parte surplus dal consumatore al produttore, nonché dell'irrimediabile perdita di una parte del surplus individuata nell'area di deadweight loss.

²⁰ "Ed allora, delle due l'una: o è da considerarsi abusivo ogni prezzo fissato dal monopolista in misura eccedente rispetto a quello fissato in un mercato effettivamente concorrenziale, come traspare da alcune decisioni della Corte di Giustizia CE (cfr. caso Tournier); ovvero sarà una qualche autorità pubblica di regolazione a stabilire quale debba essere la giusta remunerazione del bene prodotto o dal servizio reso dal monopolista, mediante la fissazione di tariffe o di listini da essa preventivamente approvati [...]" [G. OLIVIERI, "L'abuso di posizione dominante", in AA.VV., "Diritto industriale: proprietà intellettuale e concorrenza", 2009, pag. 478

equivalenti nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, determinando per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza.

L'ultima ipotesi tipica di abuso si verifica con i contratti con prestazioni supplementari (le cd. pratiche leganti), nel caso in cui l'impresa in posizione dominante subordini la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali non abbiano nessun collegamento con l'oggetto dei contratti.

Nella prassi e nella giurisprudenza comunitaria si sono affermati i seguenti principi secondo i quali il giudice comunitario ha consacrato il principio della “speciale responsabilità” dell'impresa in posizione dominante, che ne riduce sensibilmente i margini di manovra sul mercato. Tale principio implica che certe condotte lecite per le altre imprese, possono essere censurate come abusive se attuate dall'impresa dominante. Non occorre inoltre dimostrare l'esistenza di effetti concreti, ma è sufficiente accertare l'idoneità a produrre effetti di monopolizzazione del mercato, quindi la “potenzialità abusiva”.

1.4 La valutazione degli sconti

Le pratiche abusive di esclusione sono le più ricorrenti nella prassi UE. Rientrano in tale categoria agli accordi di esclusiva²¹, nonché i sistemi di sconto e di riduzione c.d. fidelizzanti in quanto atti a produrre i medesimi effetti di tali accordi.

Attraverso la concessione di sconti, ossia riduzioni del prezzo richiesto per un determinato bene o servizio, le imprese accordano una forma di incentivo finalizzato al conseguimento di un maggior numero di transazioni, oltre che alla fidelizzazione della clientela. Si tratta di pratiche generalmente idonee a recare un beneficio ad entrambe le parti contrattuali, tuttavia, nel caso in cui risulti coinvolta un'impresa dominante, determinati sconti potrebbero assumere il connotato dell'illiceità in ragione dell'effetto escludente che si determinerebbe nei confronti delle imprese concorrenti.

²¹ Cfr. Sentenza Hoffman-La Roche, p.to 89

In effetti, oltre a poter assumere le forme più varie, gli sconti risultano idonei a comportare differenti effetti a seconda delle modalità con cui vengano conferiti o delle condizioni del mercato di riferimento.

Tra i sistemi di sconto applicati nella prassi commerciale si possono individuare: gli sconti di fedeltà, concessi in cambio dell'impegno dei clienti di non approvvigionarsi presso gli altri concorrenti, considerati illeciti poiché non basati su economie di scala o di transazione²²; gli sconti target, accordati in base al volume di acquisti effettuati dai clienti distributori nel corso di un periodo di riferimento, allorché essi raggiungano gli obiettivi previamente pattuiti con il fornitore²³; gli sconti selettivi, cioè quelli rivolti soltanto ad una parte della clientela o che prevedono delle aliquote di sconto diverse o personalizzate²⁴; gli sconti quantitativi, accordati in misura proporzionale ai volumi acquistati dai clienti che ne beneficiano²⁵.

Sebbene sia indubbio che determinate forme scontistiche possano esercitare un effetto preclusivo per i concorrenti della dominante²⁶, rientrando fra le condotte tipizzate alla lett. B in ragione della limitazione all'accesso al mercato. Anche gli sconti potrebbero

²² V. Sentenza Suiker Unie c. Commissione, p.ti 517-528. In particolare, sono tali gli sconti la cui concessione è subordinata alla condizione che il cliente – quale che sia, peraltro, l'importo, considerevole o minimo, dei suoi acquisti – si approvvigioni per la totalità o per una parte significativa del suo fabbisogno presso l'impresa in posizione dominante. Al riguardo, occorre valutare l'insieme delle circostanze, segnatamente, i criteri e le modalità di concessione degli sconti, ed esaminare se tali sconti mirino, mediante un vantaggio che non è giustificato da alcuna prestazione economica, a togliere o a ridurre all'acquirente la possibilità di scelta per quel che concerne le sue fonti di approvvigionamento, a precludere l'accesso al mercato ai concorrenti o a rafforzare la posizione dominante mediante una concorrenza falsata (v. CG, 9 novembre 1983, Causa C-322/81, Michelin c. Commissione, Racc., 1983, p. 3461, p.ti 71 e 73).

²³ Nella sentenza Michelin, il Tribunale ha affermato che, al di là delle denominazioni formali, la liceità di un sistema scontistico dipende dalla presenza o meno di elementi fidelizzanti nelle modalità di applicazione degli sconti. A tal fine, rilevano i seguenti parametri: (i) la durata del periodo di riferimento per il calcolo degli sconti eccessivamente lunga; (ii) la retroattività degli sconti, ossia la loro applicazione all'insieme degli acquisti effettuati; (iii) le sensibili variazioni del tasso di sconto tra uno scaglione e l'altro, che finiscono per premiare in maniera sproporzionata i clienti che effettuano acquisti più importanti (cfr. sentenza Trib, Causa T203/01, Michelin c. Commissione, p.ti 48-114, nonché CG, 15 marzo 2007, British Airways, Causa C-95/04 P, Racc., 2007, p. I-2331, p.ti 68 e 71-74).

²⁴ V. Commissione, 14 maggio 1997, Irish Sugar, Casi COMP/IV34.621 e IV/35059.

²⁵ Anche se, in generale, gli sconti quantitativi sono compatibili con l'art. 102 TFUE laddove legati ai volumi di acquisti, fissati in maniera obiettiva e applicabili indistintamente a tutti gli acquirenti, in quanto basati sulle efficienze ed i risparmi realizzati in conseguenza di ordini ingenti e costanti (cfr. sentenza Hoffman La-Roche, p.to 90); essi possono essere censurati nella misura in cui contengano elementi fidelizzanti (cfr. sentenza Michelin, p.ti 48-114).

²⁶ Invero, la maggiore pericolosità della condotta non si vedrebbe – specie in virtù del more economic approach – nella lesione dei soggetti verticalmente collegati alla “discriminante”, ossia le parti contrattuali che non beneficerebbero dello sconto, ma nella preclusione anticoncorrenziale subita dai concorrenti della dominante, privati della possibilità di conquistarsi una porzione di mercato, in ragione dei vincoli artificialmente creati per mezzo degli sconti.

veicolare delle vere e proprie strategie predatorie, prestandosi a valutazioni sostanzialmente analoghe rispetto ai prezzi sottocosto.

CAPITOLO II

-L'ACCERTAMENTO DELL'ILLECITO ANTICONCORRENZIALE-

Sommario: **2.1** elemento oggettivo e soggettivo dell'impresa; **2.2** il mercato rilevante; **2.3** l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; **2.3.1** struttura e competenze; **2.4** procedimento e controllo giurisdizionale; **2.4.1** fase pre-istruttoria; **2.4.2** fase istruttoria; **2.4.3** chiusura istruttoria e le decisioni dell'Autorità; **2.5** le sanzioni e l'evoluzione della disciplina sanzionatoria.

2.1 Elemento oggettivo e soggettivo dell'impresa

Gli aspetti da considerare, affinché possa dirsi integrata la fattispecie di abuso di posizione dominante, sono due: in primo luogo occorre la presenza di un'impresa che occupi una posizione dominante nel mercato (aspetto oggettivo), la sola presenza di una posizione dominante è assunta come fattore di pericolo per il buon funzionamento del mercato. In secondo luogo, la realizzazione di un abuso di tale condizione iniziale. La sussistenza di una posizione dominante costituisce la condizione pregiudiziale logica all'accertamento del presunto abuso, trattandosi del *quantum* di potere economico sufficiente ad imporre all'impresa una speciale responsabilità. Sulla base di tale presupposto, la dominante commette un abuso quando, trasgredendo lo standard di diligenza richiesto, procede “nell'adozione di comportamenti diretti allo sfruttamento del potere in vista del conseguimento di vantaggi economici altrimenti preclusi²⁷ (aspetto soggettivo, legato appunto al comportamento dell'impresa).

La tappa preliminare per la valutazione della sussistenza di una posizione dominante in capo ad un'impresa è la determinazione del mercato rilevante, nell'ambito del quale tale impresa esercita il suo potere rispetto ai concorrenti. Una volta definito il mercato

²⁷ Cfr. AGCM, Relazione annuale, 1990; sebbene la responsabilità possa sorgere anche in relazione a comportamenti slegati dal proprio potere, ma comunque idonei a determinare un'indebita compromissione della concorrenza [Vd. cap. IV].

l'accertamento della posizione dominante dipende da un'analisi delle caratteristiche strutturali del mercato delle imprese che vi operano da parte dell'Autorità.

2.2 Il mercato rilevante

Nel valutare la rilevanza anticoncorrenziale di una condotta di un'impresa, è essenziale comprendere se essa detenga un potere di mercato suscettibile di restringere o falsare la concorrenza, con grave pregiudizio per i concorrenti e i consumatori.

Il mercato di riferimento rappresenta “la gamma di prodotti o di servizi venduti in una data area geografica da chi è indagato per presunto comportamento restrittivo della concorrenza”²⁸. Nell'esame di ciascuna condotta ritenuta abusiva, l'individuazione di tale parametro configura un presupposto logico necessario in quanto, solo attraverso la relativa definizione, si potrà individuare l'ambito nel quale verificare la presenza della posizione dominante²⁹ per poi valutarne lo sfruttamento. Ai fini della qualificazione (e quantificazione) della posizione dominante, la previa definizione del mercato di riferimento risulta chiaramente determinante per definire l'ampiezza della quota da attribuire all'impresa.

Il potere di mercato va determinato misurandolo in rapporto alle altre imprese che si pongono con essa in relazione di concorrenza. Il mercato rilevante può essere pertanto definito come l'arena nel cui ambito un'impresa, tenendo conto delle esistenti opportunità di sostituzione, può esercitare un significativo grado di potere di mercato. Le norme rilevanti della disciplina *antitrust* non contengono i parametri valutativi da applicare ai fini della corretta definizione dello stesso, gli strumenti di analisi vanno pertanto interamente ricavati dalla prassi elaborata dall'Autorità, influenzata da quella comunitaria.

In ambito comunitario, un importante indirizzo è stato fornito da una Comunicazione della Commissione nel 1997, laddove si diede una chiara definizione della duplice

²⁸ Cfr. S. BASTIANON, “L'abuso di posizione dominante”, 2001, pag. 119.

²⁹ Cfr. Tribunale I grado CE, sent. 6 luglio 2000, T-62/98, Volkswagen AG/Commissione.

dimensione del mercato rilevante³⁰ fornendo, al contempo, due utili parametri per la sua concreta valutazione: la sostituibilità dal lato della domanda e quella dal lato dell'offerta.

La sostituibilità dal lato della domanda, ovvero il grado di fungibilità del prodotto di riferimento con altri prodotti che la domanda considera sostitutivi in base a funzione d'uso, caratteristiche e prezzo. La sostituibilità dal lato dell'offerta dove si intende verificare se, a fronte di un piccolo ma durevole incremento di prezzo del prodotto di riferimento, vi siano imprese che, pur essendo attive nella produzione di beni non sostituibili siano tuttavia capaci di produrre il bene di riferimento, convertendo la propria capacità produttiva in un breve periodo di tempo e senza affrontare ingenti investimenti.

La definizione del mercato rilevante deve consentire di identificare quella zona geograficamente circoscritta dove, dato un prodotto, le imprese che forniscono quel prodotto si pongono in un rapporto di concorrenza diretta attuale. Esso si compone di una dimensione merceologica e una geografica.

Bisogna anzitutto verificare il mercato merceologico (o del prodotto), individuando tutti i beni o servizi considerati sostituibili fra loro³¹, in seguito, si deve procedere nella individuazione del mercato geografico di riferimento, che a sua volta attiene all'insieme

³⁰ Merceologico “tutti i prodotti o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati”. Geografico “l'area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone contigue perché in quest'ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse” [Comunicazione della Commissione CE 97/C 372/03].

³¹ Cfr. CG, sent. 14 febbraio 1978, C-27/76, United Brands vs. Commissione CE.

delle imprese che “in ragione della loro ubicazione geografica si trovano in rapporto di concorrenza l’una con l’altra in quel determinato mercato del prodotto”.

In conclusione, giova precisare che la definizione del mercato rilevante non rappresenta una radicale chiusura del contesto entro cui analizzare la condotta abusiva. In effetti, non è raro che la condotta vietata abbia avuto luogo su di un mercato differente rispetto a quello nel quale operi l’*incumbent*. Una simile situazione può verificarsi in ragione di un collegamento, che potrebbe essere a valle o a monte³², ma comunque tale da rendere reciprocamente interdipendenti i due distinti mercati.

2.3 L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

La legge 10 ottobre 1990 n. 287, ha istituito un’Autorità amministrativa indipendente, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), incaricandola delle funzioni di applicazione delle regole di concorrenza, inizialmente solo nazionali, poi in via decentrata anche comunitarie (artt. 101 e 102 del TFUE), di un’attività consultiva e di segnalazione al parlamento, al governo e alle pubbliche amministrazioni in merito all’adozione di provvedimenti amministrativi, nonché di iniziative legislative o regolamentari suscettibili di generare distorsioni concorrenziali³³.

Vi è stato ben presto un processo legislativo di graduale accrescimento delle attribuzioni dell’Autorità, che ha riguardato due ambiti di intervento: la tutela della concorrenza e la tutela del consumatore.

L’Autorità è chiamata a garantire un interesse primario costituzionalmente protetto, la concorrenza, espressione del principio di libertà di iniziativa economica di cui art. 41 della Costituzione, in posizione di totale indipendenza da parte di qualsiasi forma di ingerenza politico-amministrativa. Riguardo all’attività di *enforcement* in materia di

³² Si pensi ad un’impresa di servizi aeroportuali che impone, alle imprese di fornitura del carburante, di adempiere determinate prestazioni nei confronti di alcune compagnie aeree; solo tenendo conto del collegamento, in tal caso fra il mercato dei servizi aeroportuali e quello dei servizi collegati, sarà possibile individuare l’effettiva portata del dominio di una certa impresa [AGCM, provv. n. 19020/2008, A376, Aeroporti di Roma – Tariffe aeroportuali]. Nell’esempio vediamo infatti che la dominante imponeva ai fornitori di servizi, collocati in un mercato distinto ma strettamente collegati al proprio, determinate prestazioni, sfruttando la propria posizione dominante nel mercato di riferimento.

³³art. 21 legge 287/90.

concorrenza, l’Autorità opera sostanzialmente nella produzione di decisioni in merito a determinate fattispecie, attraverso la valutazione di atti o comportamenti in termini di liceità e illiceità, accertando gli illeciti concorrenziali.

2.3.1 Struttura e competenze

L'Autorità Garante è un organo collegiale composto dal presidente e da due membri nominati dai presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. I membri dell’Autorità godono di un mandato di durata di sette anni non rinnovabile. Alla struttura degli uffici sovrintende un Segretario generale, che ne coordina l’attività.

L'Autorità opera nell’ambito della tutela della concorrenza, quindi possiede funzioni di controllo sul rispetto delle regole di concorrenza da parte delle imprese. Nell'esercizio di tali funzioni essa si occupa di intese, concentrazioni e abusi di posizione dominante.

All'AGCM spetta poi l’attività di segnalazione e consultiva. A tal riguardo essa ha il potere di segnalare al governo, a parlamento o alle pubbliche amministrazioni competenti i casi in cui atti normativi già vigenti o in via di formazione e provvedimenti amministrativi introducono restrizioni della concorrenza che non risultino giustificate in base a esigenze di interesse generale (art 21 e 22 della legge n.287/90).

L'Autorità può, su denuncia di parte o dell’ufficio, segnalare i provvedimenti legislativi da cui originano ingiustificate restrizioni della concorrenza, inoltre può emanare un parere sulle iniziative legislative o regolamentari da cui possano derivare delle criticità di natura concorrenziale.

La legge 287/90, all’art. 12 comma 2 prevede il potere dell’Autorità di procedere, d'ufficio o su richiesta del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato o del Ministro delle partecipazioni statali, ad indagini conoscitive di natura generale nei settori economici nei quali l'evoluzione degli scambi, il comportamento dei prezzi, o altre circostanze facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata. L'Autorità, valutati gli elementi comunque in suo possesso e quelli portati a sua

conoscenza da pubbliche amministrazioni o da chiunque vi abbia interesse, procede ad istruttoria per verificare l'esistenza di infrazioni ai divieti stabiliti negli articoli 2 e 3³⁴.

Se, a seguito dell'istruttoria, l'Autorità ravvisa un'infrazione degli articoli 101 o 102 del TFUE ovvero degli articoli 2 o 3 della l. 287/90, fissa alle imprese e associazioni di imprese interessate il termine per l'eliminazione dell'infrazione stessa e se l'infrazione è già cessata, ne vieta la reiterazione³⁵. Tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa³⁶. L'Autorità, in conformità all'ordinamento dell'Unione europea, può adottare con proprio provvedimento generale un programma di trattamento favorevole che definisce i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni delle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata o ridotta³⁷.

2.4 Procedimento e controllo giurisdizionale

La disciplina dei procedimenti di applicazione delle regole in materia di intese e abusi di posizione dominante riveste un ruolo essenziale al fine di garantire che la tutela della concorrenza sia improntata ad un adeguato livello di effettività, in un contesto di trasparenza e certezza giuridica.

La legge 287/90 contiene poche e scarse disposizioni sulla disciplina dei procedimenti in materia di abusi di posizione dominante, affidando ad un apposito Regolamento, da adottarsi con decreto del Presidente della Repubblica, l'emanazione di – procedure istruttorie che garantiscono agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio e la verbalizzazione - (art. 10 comma 5).

Le procedure nazionali sono largamente ispirate alla corrispondente disciplina comunitaria, in particolare il Regolamento 1/2003, relativo all'applicazione degli artt. 101

³⁴ art. 12 comma 1 l.287/90.

³⁵ art. 15 comma 1 legge 287/90.

³⁶ art. 15 comma 1-bis l.287/90.

³⁷ art. 15-bis comma 1 l.287/90.

e 102 del Trattato da parte della Commissione. Si è così venuta a produrre, anche sul piano procedimentale, quella specularità fra norme comunitarie e nazionali esistente per gli illeciti concorrenziali. Questa simmetria implica che, pur non operando in materia procedimentale, tuttavia, le pronunce delle Corti comunitarie finiscono comunque per divenire il parametro, per verificare, la legittimità delle scelte e delle soluzioni dell'Autorità nell'ambito dei procedimenti di applicazione delle regole nazionali di concorrenza.

Le procedure istruttorie si configurano come procedimenti di carattere amministrativo, data la natura amministrativa dell'Autorità e delle funzioni ad essa attribuite. Il complesso dei poteri di accertamento dell'Autorità risponde, in questo quadro, ad una logica inquisitoria, nel senso che è rimesso all'Autorità attivarsi per raccogliere le prove dell'illecito e individuare compiutamente l'infrazione. La natura contenziosa delle procedure conferisce centralità al principio del contraddittorio, in una logica di tutela dei diritti di difesa³⁸ delle imprese incolpate, che di collaborazione. Ciò che maggiormente caratterizza un procedimento *antitrust* è la presenza di un "contraddittorio" rinforzato con le parti, che hanno diritto ad essere ascoltate, per iscritto e oralmente, all'insegna del principio di parità delle armi, canonizzato dalla giurisprudenza comunitaria in materia di concorrenza.

I procedimenti innanzi all'Autorità possono suddividersi in tre fasi: la fase pre-istruttoria, che precede l'apertura del procedimento; la fase istruttoria, dove si acquisiscono gli elementi probatori necessari e di contraddittorio; la fase di chiusura del procedimento, con l'adozione del provvedimento finale.

³⁸ la CGUE ha affermato che il rispetto dei diritti di difesa costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario che la Commissione deve osservare nei procedimenti di concorrenza. Cfr. Corte di Giustizia, 9 novembre 1983, Michelin C-322/81. La Commissione, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte, deve condurre questi procedimenti correttamente, con imparzialità, e rispettando la presunzione di innocenza del soggetto accusato di un'infrazione.

2.4.1 Fase pre-istruttoria

La fase pre-istruttoria precede l'apertura formale di un procedimento ed è quella in cui l'Autorità si "attiva" ai fini della repressione di un illecito. L'Autorità riceve da terzi o raccoglie d'ufficio una *notitia criminis* relativa a una presunta violazione delle regole di concorrenza, e verifica, se sia sufficientemente fondata da giustificare l'instaurazione di un procedimento istruttorio. Ai fini dell'accertamento di infrazioni, l'attivazione dell'Autorità, può conseguire segnalazioni o denunce di terzi interessati. Le denunce dei terzi costituiscono per il principale e più qualificato strumento di informazione e conoscenza dei fenomeni di carattere concorrenziale. In questo stadio preliminare delle indagini, la cui durata non è predeterminata dalla legge³⁹, l'Autorità non può esercitare poteri formali suscettibili di creare obblighi nella sfera giuridica di terzi, ne sono previste e disciplinate dalla legge modalità di assunzione delle informazioni. Si tratta di una fase pre-istruttoria che assolve l'importante funzione di consentire all'Autorità, in particolare in caso di denunce, una prima verifica e valutazione degli elementi in suo possesso, al fine di decidere se gli stessi giustifichino l'apertura di un formale procedimento istruttorio⁴⁰, o se debba procedersi all'archiviazione degli atti.

2.4.2 Fase istruttoria

Qual ora l'Autorità, svolti gli opportuni accertamenti, riscontri l'esistenza di presunte violazioni degli artt. 2 o 3 della legge o artt. 101 e 102 TFUE, dispone l'avvio della relativa istruttoria, ai sensi dell'art. 14, comma 1 della legge. Il Regolamento di procedura prescrive all'art. 6, comma 3, il contenuto minimo obbligatorio del provvedimento di

³⁹ L'inesistenza di un termine entro il quale l'Autorità è tenuta ad avviare l'istruttoria, è conforme alla funzione di cognizione sommaria propria di questa fase procedimentale e al carattere di ufficialità del procedimento istruttorio. Sul punto, il Consiglio di Stato, 29 maggio 2018, n. 3197, *Barriere Statali*, ha chiarito che il termine decadenziale di 90 giorni previsto ex. Art. 14 della legge 689/81 per la contestazione di un addebito, inizia a decorrere non dal momento in cui l'illecito è stato commesso, ma dal momento in cui l'Autorità ne ha piena conoscenza da valutarsi in relazione a tutte le circostanze specifiche del caso.

⁴⁰ Secondo il giudice amministrativo, gli adempimenti posti in essere informalmente nella fase precedente l'istruttoria formale di cui all'art. 14 della legge n. 287/90 sono non solo legittimi, ma doverosi, rispondendo ai principi di economicità e buon andamento dell'attività amministrativa secondo cui l'avvio di un procedimento antitrust, in particolar modo a seguito di una denuncia, deve essere preceduta da una prima deliberazione degli elementi a disposizione: TAR Lazio, 15 aprile 1999, n. 873, *Associazione Vendomusic*, confermata dal Consiglio di Stato, 12 febbraio 2001, n.652.

avvio dell'istruttoria. A seguito della notifica del provvedimento di avvio istruttoria, indirizzata alle imprese interessate che ai soggetti titolari di un interesse qualificato che abbiano presentato denunce utili all'avvio dell'istruttoria stessa, possono essere esercitati dall'Autorità i poteri di accertamento, inoltre viene ad instaurarsi il contraddittorio con le parti.

I poteri di indagine previsti dalla disciplina nazionale a tutela della concorrenza sono simili a quelli attribuiti nella stessa materia alla Commissione europea, ai sensi del regolamento 1/2003, e si sostanziano nel potere di richiedere informazioni, di svolgere ispezioni, di effettuare perizie ed analisi economiche e di consultare esperti. Si tratta di poteri ampi e incisivi, che attengono all'accertamento di infrazioni spesso complesse.

L'Autorità può, in ogni momento dell'istruttoria, richiedere alle imprese, enti o persone che ne siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti utili ai fini dell'istruttoria. L'Autorità dispone di un ampio margine di discrezionalità nell'individuazione delle informazioni da richiedere, che dovranno comunque risultare connesse, sotto un profilo sostanziale e secondo un criterio di necessità e proporzionalità, agli accertamenti in corso.

L'ispezione, ovvero un accertamento presso le imprese, di regola senza preannuncio alle imprese stesse, costituisce il più incisivo e invasivo strumento istruttorio a disposizione dell'Autorità. L'art. 14, comma 2 della legge prevede, in particolare, che l'Autorità può *disporre di ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia, anche avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato*-. Riguardo ai poteri ispettivi l'art. 10, comma 5 del Regolamento di procedura, attribuisce al funzionario dell'Autorità che procede all'ispezione il potere di – *accedere a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto del soggetto nei cui confronti si svolge l'ispezione, nonché di richiedere informazioni e spiegazioni orali*-.

La specifica disciplina della partecipazione delle imprese al procedimento istruttorio è contenuta, nel Regolamento di procedura di cui al d.p.r n. 217/98, che regola le varie fasi procedurali. Esso pone una distinzione tra i soggetti ai quali è stato notificato il provvedimento di avvio istruttoria (riferita alle imprese sospettate delle presunte violazioni ed i denuncianti) e gli altri soggetti ammessi successivamente ad intervenire al procedimento, solo ai primi infatti è attribuito il diritto al contraddittorio orale. I soggetti

ai quali è stato notificato il provvedimento di avvio istruttoria hanno il diritto di presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri, nonché di essere sentiti in formali audizioni.

2.4.3 Chiusura istruttoria e le decisioni dell'Autorità

L'Autorità, a conclusione del procedimento istruttorio, può assumere una serie di decisioni, che sono sostanzialmente corrispondenti a quelle di competenza della Commissione europea. Tutte le decisioni con le quali si conclude il procedimento istruttorio sono obbligatorie nei confronti delle parti, devono essere congruamente motivate secondo i principi generali dell'ordinamento ed in virtù della loro natura di atti suscettibili di incidere su situazioni giuridiche soggettive di terzi⁴¹.

L'Autorità può, conclusa l'istruttoria, ritenere che non siano emerse prove sufficienti di una violazione, e non accertare quindi di conseguenza l'infrazione. Le decisioni di chiusura dell'istruttoria senza accertamento dell'infrazione non precludono un successivo intervento dell'Autorità qualora questa abbia motivo di ritenere che si sia determinato un mutamento.

Ai sensi dell'art. 15, comma 1, della legge, l'Autorità, se a seguito dell'istruttoria svolta, ravvisa violazioni degli artt. 2 o 3 (o artt. 101 o 102 TFUE), fissa alle imprese e agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle infrazioni stesse⁴². Espressamente qualificato dalla legge come "diffida", potere ordinatorio, incentrato sull'intimazione rivolta alle imprese a tenere un dato comportamento (eliminazione delle infrazioni), entro un termine finale, pena, in caso di inosservanza, l'adozione di un ulteriore provvedimento, di carattere sanzionatorio. La diffida dell'Autorità assume carattere ripristinatorio, poiché

⁴¹ Il provvedimento dell'Autorità deve esplicitare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche poste a base della decisione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria, ma non è necessaria un'analitica confutazione di tutte le deduzioni ed argomenti delle parti, purché dalla motivazione si ricostruisca l'iter logico-giuridico seguito dall'Autorità. Il principio è stato più volte ribadito dal giudice amministrativo. Cfr. Consiglio di Stato, 29 novembre 2005, n.1397, test diagnostici per diabetici, TAR Lazio, 22 novembre 2006, n.2798, ENI.

⁴² si veda R. Garozzo, le decisioni dell'AGCM, con particolare riferimento alle decisioni di accertamento, e la relativa politica sanzionatoria, in L.F Pace, Dizionario sistematico della concorrenza, Napoli, 2013, p.170.

tende a fare in modo che i destinatari dell'ingiunzione cessino dall'attuare un dato comportamento ritenuto in violazione della normativa *antitrust*.

Nel 2006 con il decreto Bersani⁴³ è stata inserita nella legge una nuova disposizione - *entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli artt. 2 o 3 della presente legge o degli artt. 101 o 102 del TFUE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione.* - (art 14 ter.)

La norma, introdotta nel processo di decentramento dell'applicazione del diritto *antitrust* comunitario ai fini dell'armonizzazione dell'Autorità a quelle delle altre autorità nazionali e comunitarie, riproduce quanto già previsto dall'art. 9 del Regolamento 1/2003. L'istituto della decisione con impegni è stato concepito come una deroga all'ordinaria procedura di accertamento, la cui finalità è evitare il formale accertamento dell'infrazione ipotizzata, permettendo di risolvere i problemi concorrenziali in tempi più rapidi di quelli per le procedure ordinarie. La decisione con impegni, infatti, consente una chiusura anticipata del procedimento senza che si giunga né all'accertamento della sussistenza o meno delle violazioni prospettate inizialmente dall'Autorità, né all'eventuale irrogazione della sanzione alle imprese riconosciute responsabili. In sostanza, l'istituto degli impegni permette di conciliare nell'interesse pubblico due diverse esigenze: quella delle imprese, evitando effetti negativi e quella dell'autorità, risparmiando tempi e risorse.

2.5 Le sanzioni e l'evoluzione della disciplina sanzionatoria

Nel caso di accertamento dell'illiceità concorrenziale della condotta oggetto di esame istruttorio, l'autorità può disporre, in forma accessoria, rispetto al potere di diffida, anche il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie. L'esercizio del potere

⁴³ Cfr. Art 14, comma 1, decreto-legge n.223/2006, convertito con modifiche dalla legge 4 agosto 2006, n.248.

sanzionatorio è tuttavia limitato alla gravità della violazione accertata. Il ricorso allo strumento sanzionatorio ha assunto un ruolo di primaria importanza al fine di garantire l'effettiva applicazione ed il rispetto della disciplina *antitrust*. Il potere sanzionatorio risulta pertanto il principale strumento di dissuasione delle imprese rispetto alle violazioni *antitrust* e di orientamento del loro comportamento delle stesse sul mercato in un'ottica concorrenziale (cd. scopo dissuasivo specifico). Inoltre, la sanzione svolge una ulteriore funzione di dissuadere le altre imprese dal porre in essere violazioni della normativa *antitrust*, specialmente laddove si tratti di condotte analoghe a quella da cui sono scaturite le conseguenze sanzionatorie (cd. Scopo dissuasivo generale)⁴⁴.

La legge 287/90 non disciplina in maniera specifica i criteri per la quantificazione della sanzione *antitrust*, limitandosi ad enunciare i principi generali e alcuni criteri. In particolare, l'art. 15 stabilisce che la condanna al pagamento di una sanzione pecuniaria possa essere disposta solo nel caso di violazione "grave" della disciplina concorrenziale.

Il medesimo articolo stabilisce poi che l'Autorità debba procedere alla quantificazione della sanzione tenendo conto oltre alla gravità, la durata e, in ogni caso, la sanzione non può essere superiore al 10% del fatturato realizzato dall'impresa destinataria.

⁴⁴ Esattamente in questi termini, sul punto, TAR Lazio, 20 marzo 2012 n. 3029, Albini e Puntigliani.

CAPITOLO III

-LA DECISIONE DEL CASO UNILEVER, PROFILI INNOVATIVI DELL'ORDINANZA DI RINVIO PREGIUDIZIALE DEL CONSIGLIO DI STATO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA UE-

Sommario: **3.1** la vicenda Unilever dei gelati Algida; **3.2** La disciplina della concorrenza in ambito nazionale e comunitario; **3.3** la posizione di Unilever; **3.4** il mercato del gelato monodose e la “concorrenza per la contrattualizzazione dell’ercente”; **3.5** i rapporti tra Unilever e la propria clientela; **3.5.1** I rapporti tra Unilever e i propri concessionari; **3.6** le condotte poste da Unilever; **3.6.1** l’esclusiva merceologica; **3.6.2** Gli sconti e i compensi fidelizzanti; **3.7** Le argomentazioni di Unilever; **3.8** Le condotte adottate da Unilever attraverso i propri concessionari; **3.9** L’ordinanza del Consiglio di stato e le ragioni alla base del rinvio pregiudiziale.

3.1 La vicenda Unilever dei gelati Algida

Questo capitolo si propone di esaminare l’applicazione della disciplina antitrust in materia di abuso di posizione dominante ad un recente caso concreto: l’abuso commesso dalla azienda Unilever Italia Mkt. Operations S.r.l. (da ora in poi Unilever). Inoltre, ad esaminare le ragioni alla base della decisione deliberata dal Consiglio di Stato in merito al rinvio pregiudiziale.

Con provvedimento n. 26822 del 6 dicembre 2017, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito AGCM) ha concluso per l’esistenza di abuso di posizione dominante nel caso della vendita dei gelati di marca Algida. La vicenda ha avuto come protagonista l’azienda Unilever⁴⁵, cui è stata irrogata una sanzione di oltre 60 milioni di euro per aver posto in essere una condotta abusiva di natura escludente idonea ad ostacolare la crescita dei propri concorrenti nel mercato del gelato confezionato monodose da impulso⁴⁶. L’AGCM nel presente caso ritiene l’acquisto d’impulso come un

⁴⁵ Società attiva nello sviluppo e nella commercializzazione di prodotti di largo consumo, con marchi di notorietà nei settori Ice-cream, Food, Home & Personal Care. Il fatturato complessivo realizzato in Italia nel 2016 da Unilever è pari circa a 1.424.589.926 euro di cui 100.000.000-200.000.000 euro per la vendita (sell-in) di gelati monodose confezionati nel canale Out of Home.

⁴⁶ nel presente provvedimento l’AGCM per “impulso” intende un acquisto non programmato, ovvero effettuato in funzione di uno stimolo improvviso che non tiene conto della convenienza e dell’utilità. In

acquisto non programmato, ovvero effettuato in funzione di uno stimolo improvviso che non tiene conto della convenienza e dell'utilità.

Il procedimento istruttorio è iniziato su segnalazione da parte della società La Bomba⁴⁷, che ha lamentato da parte di Unilever, agli esercenti dei bar e degli stabilimenti balneari di varie zone di non commercializzare, insieme ai propri prodotti, i ghiaccioli del concorrente La Bomba (né all'interno dei freezer Algida, né all'interno di quelli propri di La Bomba); ove ciò non fosse avvenuto la società multata non avrebbe applicato gli sconti previsti nel contratto stipulato dagli esercenti e avrebbe applicato il pagamento obbligatorio di penali e la risoluzione del contratto di fornitura.

Dopo una prima fase preistruttoria che ha visto lo scambio di informazioni tra l'AGCM e Unilever, nel corso dell'istruttoria, l'AGCM ha proceduto in prima battuta ad analizzare la posizione di mercato di Unilever. Infatti, ha ritenuto che questa detenesse una posizione dominante nel mercato della vendita di gelati monodose confezionati nel canale "impulso", nel quale Unilever con il marchio Algida, rappresenta appunto l'operatore *leader*⁴⁸: ne è emerso che la società multata detiene infatti una quota di mercato superiore al 60% in volume e in valore; gode della forza e della notorietà del proprio marchio commerciale e di alcuni prodotti della propria gamma; ha la disponibilità di una rete distributiva particolarmente estesa e capillare; ha la capacità di mantenere e rafforzare nel tempo la propria posizione di vantaggio strutturale rispetto ai propri *competitor*, in questo caso Nestlé e Sammontana (con quote di volume pari rispettivamente al 10%-20% e al 10%-20% circa), oltre altri piccoli concorrenti come appunto il segnalante La Bomba, facente parte del mercato soltanto con riferimento ai prodotti a base di ghiaccio, con una percentuale inferiore all'1%⁴⁹.

tale mercato Unilever detiene una posizione dominante, con una quota compresa tra il 60% ed il 70%; sul mercato da impulso e su un precedente caso Unilever si veda L. Ferrucci, *Strategie competitive e processi di crescita dell'impresa*, Milano, 2002, pp. 60 ss.

⁴⁷ La prima segnalazione è pervenuta in data 3 aprile 2013 e integrata poi dall'ultima del 15 settembre 2017.

⁴⁸ La giurisprudenza europea ha adottato in passato diverse definizioni di mercato, non sempre perfettamente coincidenti. Per la definizione del mercato del gelato da impulso si vedano Langnese-Iglo Gmbv, Dec. CE del 23 dicembre 1992, n. IV/34.072; analoga definizione del mercato e analoghe argomentazioni sono state utilizzate anche nel caso Van Den Bergh Foods Limited, Dec. CE dell'11 marzo 1998, sui casi IV/34.073, IV/34.395 e IV/35.436.

⁴⁹ Il mercato italiano del gelato vale 5,15 mln di euro di cui 780 mln provengono dalla vendita dei gelati monodose. In questo ultimo mercato, la presenza di Unilever ammonta al 63%. Unilever Italia ha fatturato

Le condotte abusive di Unilever erano basate, secondo l'AGCM, sulla massiccia applicazione di clausole di esclusiva, quali quelle di esclusiva merceologica che prevedevano un obbligo a rifornirsi da Unilever per l'intero fabbisogno di gelati confezionati e di *cabinet exclusivity* contenenti l'obbligo di utilizzo esclusivo dei frigoriferi forniti in comodato d'uso⁵⁰. Gli stessi esercenti che avevano stipulato contratti con la società, erano stati plagiati anche dalla contemporanea applicazione di sconti convenienti⁵¹ e compensi di natura fidelizzante⁵² per il contenuto e le modalità con cui venivano concessi, condizionati al rispetto delle clausole contrattuali.

Dall'istruttoria dell'Autorità è emerso che la condotta tenuta da Unilever avrebbe fortemente ostacolato lo sviluppo della società denunciante, limitando al contempo la scelta dei consumatori di apprezzare la qualità dei prodotti ghiacciati La Bomba. Tali sconti e compensi sarebbero stati previsti nei confronti della quasi totalità della clientela di Unilever anche se con modalità e frequenze di applicazione variabili; anche per i clienti non vincolati da un obbligo scritto di esclusiva merceologica, gli incentivi sarebbero stati adottati per impedire il ricorso alle forniture prodotte da operatori concorrenti⁵³.

Ad aggravare il tutto, sono state poi le condotte di controllo attuate da Unilever attraverso i propri funzionari, volte a verificare il concreto approvvigionamento esclusivo dei prodotti da parte della clientela⁵⁴.

Nella parte finale del provvedimento sanzionatorio, l'Autorità dunque afferma che la politica di obblighi e incentivi, condotta da Unilever, è stata applicata proprio in base alla posizione di forza dominante sul *relevant market* del gelato monodose confezionato, derivante soprattutto dal possesso di una base di clientela altamente stabile e ampia

nel 2016 un totale di 1,4 mld di euro. Il fatturato di La Bomba nel 2016 è stato pari a meno di un milione di euro.

⁵⁰ La prassi di settore dell'utilizzo esclusivo di freezer in comodato d'uso per la conservazione dei propri gelati ha fatto sì che anche i produttori che offrono solo una parte dei gelati d'impulso, abbiano dovuto ricorrere alla distribuzione di un proprio frigorifero, come nel caso di La Bomba; importante a riguardo è una precedente decisione della Commissione europea concernente la politica di *cabinet exclusivity* applicata da Unilever nel mercato irlandese dei gelati, IP/98/242 Brussels, 11th March 1998.

⁵¹ Quali sconti fissi in fattura, sconti fine anno, sconti target condizionati al raggiungimento di certe soglie di ricavi/fatturato relativi alle vendite complessive di gelati.

⁵² Quali 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.

⁵³ Si veda Provvedimento AGCM n. 26822, A.484; cfr. Corte di Giustizia 17 febbraio 2011, caso Telia Sonera Sverige e giurisprudenza ivi citata.

⁵⁴ Anche per il tramite di associazioni di categoria, parti degli accordi quadro stipulati.

rispetto a quella dei concorrenti⁵⁵. Con ciò si è ritenuto violato in pieno l'art. 102 lett. B) TFUE in relazione al pregiudizio al commercio tra Stati membri: nel caso specifico l'abuso ha interessato i prodotti distribuiti nello Stato italiano, corrispondente in ogni caso ad una parte significativa del mercato unico europeo⁵⁶.

In virtù dell'art. 15, comma 1 della legge n. 287/1990, l'AGCM ha ritenuto che le condotte in esame costituissero un abuso grave ed ha applicato dunque la sopraindicata sanzione amministrativa pecuniaria alla società⁵⁷.

3.2 La disciplina della concorrenza in ambito nazionale e comunitario

Il caso descritto” è una tipica e particolare fattispecie rientrante nella generale disciplina della concorrenza tra le imprese.

In un'epoca di forte globalizzazione come quella attuale, caratterizzata da un imponente sviluppo dei mercati e degli scambi tra Stati nazionali, il perseguimento della efficienza del mercato, ha fatto sì che si introducessero nei singoli ordinamenti discipline volte a tutelare la concorrenza, intesa quest'ultima come una condizione/forma di mercato che caratterizza l'iniziativa economica da contrapporsi del tutto alla situazione di monopolio:

⁵⁵ L'AGCM riprende in parte la sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia 6 settembre 2017, C-413/13 P, Intel Corporation Inc. c. Commissione: “La decisione Intel ha comunque precisato che, ove l'impresa dominante sostenga, sulla base di elementi di prova, che il suo comportamento non ha avuto la capacità di restringere la concorrenza, l'Autorità è tenuta ad analizzare “da un lato, l'ampiezza della posizione dominante dell'impresa sul mercato pertinente e, dall'altro, il tasso di copertura del mercato ad opera della pratica concordata, nonché le condizioni e le modalità di concessione degli sconti di cui trattasi, la loro durata e il loro importo, ma deve anche valutare l'eventuale esistenza di una strategia diretta ad escludere dal mercato i concorrenti quantomeno altrettanto efficaci” (si veda per analogia, sentenza del 27 marzo 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 29).

⁵⁶ 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.

⁵⁷ Si tratterebbe di un caso di inflazione grave e la percentuale dell'importo-base sanzionatorio è stata collocata tra il 5 ed il 10% del valore delle vendite; secondo quanto espressamente chiarito dalla Corte di Giustizia “per valutare la gravità di un'infrazione, si deve tener conto di un gran numero di fattori il cui carattere e la cui importanza variano a seconda del tipo di infrazione e delle circostanze particolari della stessa” (Corte di Giustizia UE, C.100/8 a 103/89 (cause riunite), sentenza del 7 giugno 1983, caso Musique Diffusion Francaise, para. 120). Tra questi rilevano principalmente la natura della restrizione della concorrenza nonché il ruolo e la rappresentatività sul mercato delle imprese coinvolte; cfr. Consiglio di Stato, sentenze del 9 febbraio 2011, n. 896 e del 16 settembre 2011, nn. 5171 e 5172, in relazione al caso I694 – Listino prezzi della pasta.

in uno spazio concorrenziale due o più imprese competono nello stesso mercato, inteso come l'incontro ideale tra domanda e offerta, producendo gli stessi beni o servizi (offerta) che soddisfano una pluralità di acquirenti (domanda): nessuno degli operatori, in tale assetto, è quindi in grado di influenzare l'andamento delle contrattazioni con le proprie decisioni⁵⁸.

Dal punto di vista normativo, sia a livello nazionale (in questo caso italiano) che comunitario manca una disposizione che rechi una esatta e precisa definizione del bene giuridico "concorrenza"⁵⁹: storicamente essa si è identificata con la libertà economica attribuita ai soggetti privati. Proprio a causa di questi contorni poco delimitanti che caratterizzano la materia, l'operatore del diritto che si trova dinanzi a casi concreti rientranti nella disciplina concorrenziale, il più delle volte è portato ad individuare e distinguere le limitazioni della concorrenza lecite da quelle illecite, sulla base di una valutazione di un solo modello di mercato perfettamente funzionante che non è previsto e definito da alcuna disposizione normativa, ma che è implicito nella scelta delle norme a tutela della concorrenza⁶⁰.

3.3 la posizione di Unilever

A seguito delle risposte alle richieste di informazioni fornite da Unilever in sede preistrutturata, con il provvedimento di avvio è stata contestata alla Parte una condotta più ampia rispetto a quella tracciata dalla denuncia di La Bomba, adottata nei confronti di tutti gli esercizi commerciali del canale "out of home" e consistente nell'applicazione di un insieme di condotte e di condizioni commerciali complessivamente volte ad escludere concorrenti effettivi e potenziali.

Unilever, come pure gli altri maggiori operatori industriali presenti nel settore dei gelati, opera in tutti i principali canali distributivi e rappresenta l'operatore leader di mercato, ove opera con il marchio Algida e con una gamma di prodotti molto profonda ed estesa a

⁵⁸ In tal senso si veda G. D'Attore, Una "ragionevole concorrenza": il ruolo della rule of reason dopo la riforma del diritto antitrust comunitario, in *Giur. Comm.*, 2004, I; cfr. R. Franceschelli, *Concorrenza*, in *Enc. Giur.* VIII, 2007, p. 2 e M. Circi, *Concorrenza*, in *Enc. Giur.* VIII, 2008, p. 1.

⁵⁹ Cfr. in tal senso M. Libertini, *Concorrenza*, in *Enc. del diritto*, *Annali*, III, 2010, pp. 197-198.

⁶⁰ Cfr. S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2007.

tutte le principali tipologie di gelato confezionato. La quota di Unilever rappresenta circa l'80% del mercato interessato.

Come si è visto, nel mercato del gelato pre-confezionato monodose da impulso, operano tre grandi operatori verticalmente integrati nella distribuzione commerciale (Unilever, Nestlé e Sannontana) - dotati di una propria rete di concessionari di zona e di una gamma di offerta estesa a tutte le principali categorie di prodotto (cornetti, stecchi, ghiaccio, ecc.) - insieme ad una serie di operatori minori, con una presenza sul mercato nazionale complessivamente trascurabile (quota inferiore all'1%).

3.4 il mercato del gelato monodose e la “concorrenza per la contrattualizzazione dell'esercente”

Come per altri prodotti di largo consumo, le dinamiche di competizione che si sviluppano sul mercato del gelato monodose da impulso si articolano su numerose e composite variabili concorrenziali (qualità ed estensione dell'offerta, innovazione di prodotto, notorietà del marchio, campagne promozionali dirette al consumatore, condizioni economiche praticate all'esercente, ecc.). Esse presentano, tuttavia, alcune specificità che assumono rilievo ai fini della presente valutazione:

In primo luogo, gli esercizi commerciali che distribuiscono il gelato confezionato da impulso sono rappresentati sia da punti vendita (d'ora in avanti, anche “PV”) di grandi dimensioni - che hanno spazio per mantenere un assortimento ampio di marchi - che da bar, chioschi e altri PV di piccole dimensioni, preferiscono non mantenere nel PV l'assortimento completo di più operatori aventi una gamma estesa di referenze. Nel mercato interessato dalla presente valutazione assume pertanto particolare rilievo, in aggiunta alle forme di comunicazione direttamente rivolte ai consumatori, l'insieme delle condizioni commerciali praticate dagli operatori agli esercenti, volte ad ottenerne la “contrattualizzazione”. L'offerta dell'esercente, in particolare, trattandosi sostanzialmente di un consumo da impulso, condiziona in modo significativo le scelte di acquisto del consumatore: quest'ultimo, infatti, può decidere di non acquistare il gelato in presenza di una marca che non è di proprio gradimento (o, viceversa, può essere maggiormente incentivato ad acquistarlo se si tratta della marca di proprio gradimento),

ma difficilmente decide di cambiare punto-vendita per sostituire la marca di gelato disponibile nel luogo ove sorge l'impulso del consumo;

In secondo luogo, e anche in conseguenza di quanto esposto, le dinamiche di competizione si differenziano notevolmente tra le diverse tipologie di operatori. In particolare, tra gli operatori verticalmente integrati nella distribuzione e che offrono l'intera gamma di prodotto, la concorrenza si sviluppa, oltre che nella competizione diretta sul consumatore (pubblicità sui marchi e sui singoli prodotti), in quella che potremmo definire la "concorrenza per la contrattualizzazione dell'esercente".

La contrattualizzazione dell'esercente" risulta tanto più vivace e presente quanto minori sono i vincoli che l'operatore impone all'esercente in termini di durata dei contratti, clausole fidelizzanti e "costi di uscita". Gli operatori che, invece, non dispongono di una gamma completa di prodotti (come avviene per il segnalante La Bomba) sono, di conseguenza, incapaci di competere con i tre principali concorrenti nella fase di "contrattualizzazione dell'esercente", dovendo essi proporsi agli esercenti in modalità necessariamente complementare all'offerta degli operatori dotati di una gamma di prodotti completa. I clienti di tale categoria di operatori sono, quindi, generalmente, esercenti già "contrattualizzati" da uno dei principali concorrenti, con i quali gli operatori di nicchia competono soltanto limitatamente ad una parte della gamma (ad esempio, nel caso di La Bomba, nei prodotti a base di ghiaccio).

3.5 i rapporti tra Unilever e la propria clientela

Unilever, presente nel settore Out of Home, opera attraverso diverse tipologie di clienti, classificabili in due grandi categorie:

i clienti "Direzionali", che sono prevalentemente grandi clienti o società che gestiscono una pluralità di punti vendita dislocati sul territorio nazionale, i quali negoziano direttamente con Unilever le condizioni economiche di acquisto e i clienti

"Concessionario", che sono generalmente punti-vendita singoli, o comunque di minore dimensione, che si rapportano esclusivamente al concessionario per la stipula del

contratto, in molti casi anche verbale, nonché per l'acquisto del prodotto e la relativa fatturazione.

I clienti direzionali sono generalmente clienti di grande dimensione che, attraverso la contrattazione diretta con Unilever, cercano di ottenere condizioni economiche più vantaggiose e rapportate ai maggiori quantitativi acquistati. Essi rappresentano meno del 10% della clientela, ma riguardano circa il 20-30% delle vendite complessive in valore. Per una parte di tali clienti, Unilever effettua anche la fatturazione del prodotto (fatturazione centralizzata), mentre per maggior parte di essi è il concessionario che si occupa di evadere gli ordini e fatturare il prodotto (fatturazione concessionario).

Come si è visto, per i clienti direzionali a fatturazione centralizzata, che rappresentano circa un terzo della clientela direzionale in termini di fatturato, sia la negoziazione delle condizioni economiche che la fatturazione del prodotto avvengono direttamente con Unilever. In questo caso, il ruolo del concessionario si limita alla mera distribuzione dei prodotti, servizio per il quale Unilever riconosce al concessionario stesso un corrispettivo in percentuale del valore lordo delle merci consegnate. Per i direzionali a fatturazione concessionario (o a fatturazione "normale"), nonostante le condizioni contrattuali vengano negoziate direttamente con Unilever, il concessionario, grazie alla sua presenza diretta sul territorio, può trasferire a Unilever le informazioni necessarie sulle caratteristiche del cliente e della zona in cui opera.

I clienti-concessionario sono la più grande categoria di clientela Unilever, rappresentando circa il 80-90% dei clienti in termini di numero di punti vendita. I clienti concessionario si suddividono, a loro volta, in due grandi categorie, distinte in base alla dimensione media dei clienti (e dei punti vendita ad essi associati) e al tipo di contratto conseguentemente utilizzato: i clienti speciali e i clienti tradizionali (o normali).

I clienti speciali sono quelli che, pur rientrando in una fascia di fatturato elevato, sono contrattualizzati da Unilever attraverso i concessionari (e non direttamente come avviene per i clienti direzionali), che sottopongono alla firma del cliente un contratto standard predisposto da Unilever (il c.d. contratto giallo), intestato alla stessa Unilever.

I clienti tradizionali sono esercenti con un fabbisogno annuo più modesto rispetto alle altre tipologie di clientela che Unilever, tradizionalmente, contrattualizza tramite i

concessionari con un c.d. contratto blu, anch'esso predisposto da Unilever e intestato a essa.

3.5.1 I rapporti tra Unilever e i propri concessionari

Quando si parla di concessionario ci si riferisce a un soggetto nel mondo commerciale che, dopo aver acquistato dal cosiddetto concedente (o fornitore) i suoi prodotti, riceve dallo stesso concedente, che di solito è il titolare di un'azienda che produce e scambia merci, l'incarico di venderli e promuoverne anche la distribuzione.

Il rapporto tra concessionario e concedente può essere tanto a tempo determinato che a durata indeterminata ed in genere si può affermare che tanto il concessionario quanto il concedente siano imprenditori commerciali. Per mezzo della rete dei concessionari integrati verticalmente il produttore, da un lato, migliora la programmazione della produttività e non irrigidisce la propria struttura organizzativa e, dall'altro lato, ha la garanzia di una strategia di vendita e di promozione uniforme all'interno di una politica di marca su scala nazionale. Infatti, gli accordi di concessione normalmente impegnano il concessionario a rispettare le direttive commerciali del concedente.

Il concessionario assume l'obbligo di promuovere in esclusiva in una determinata zona la vendita dei prodotti forniti dal produttore. Dall'obbligo di promozione del marchio e di vendita dei prodotti in esclusiva discendono una serie di obbligazioni a carattere strumentale, come adeguarsi e aderire alle campagne promozionali, dotarsi di una struttura conforme agli standard qualitativi richiesti dal concedente e operare secondo le strategie commerciali, le modalità e le condizioni da questi individuate.

Nel nostro ordinamento la concessione di vendita, facente parte del *genus* contrattuale dei contratti di distribuzione, è una figura negoziale atipica avente natura di contratto normativo, caratterizzato da una complessa funzione di scambio e collaborazione⁶¹ tra

⁶¹ Sul punto, Corte di Cassazione, sent. n. 1469 del 22 febbraio 1999, richiamata, inter alia, da Cassazione civile, sez. I, sentenza dell'11 giugno 2009, n. 13568: "la concessione di vendita [...] non consente tuttavia di essere inquadrata in uno schema contrattuale tipico, trattandosi, invece, di un contratto innominato, che si caratterizza da una complessa funzione di scambio e collaborazione e consiste, sul piano strutturale, in un contratto quadro o contratto normativo, dal quale deriva l'obbligo di stipulare contratti di compravendita

imprenditori che si collocano a due livelli differenti della catena di un determinato mercato. Concedente e concessionario perseguono interessi convergenti verso uno scopo comune, ossia il successo commerciale del prodotto distribuito: lo scopo è comune, ma coincide con il soddisfacimento di un'esigenza durevole di una sola delle parti, i.e. il concedente.

Nell'ambito del perseguimento dello scopo comune si colloca anche l'obbligo di collaborazione, in quanto l'interesse affinché il concessionario operi nelle migliori condizioni possibili è anche interesse del concedente, anche perché il concessionario rappresenta l'immagine del produttore agli occhi della clientela nel mercato di riferimento.

A tal fine, sono consentiti al produttore una penetrante ingerenza nella sfera decisionale dei propri concessionari e un coordinamento unitario della rete distributiva. La giurisprudenza civile ha ritenuto che nell'ambito del contratto di concessione è normale che vi sia ingerenza nell'attività del distributore finalizzata ad una maggiore e/o migliore commercializzazione dei prodotti, come la fissazione di prezzi e obiettivi di vendita⁶². Come corrispettivo della rinuncia parziale alla propria autonomia, il concessionario beneficia di una posizione di privilegio nel mercato, attraverso l'esclusiva di rivendita per una certa zona, che si amplifica quando distribuisce una determinata merce di notevole rinomanza e/o il marchio di cui fregiarsi è particolarmente noto⁶³.

Solitamente nei contratti di concessione, quindi, è prevista una clausola di esclusiva che, così come avviene per il contratto di somministrazione⁶⁴, può imporre al concessionario

ovvero l'obbligo di concludere contratti di puro trasferimento dei prodotti, alle condizioni fissate nell'accordo iniziale".

⁶² A riguardo, si richiama Corte di Cassazione, sent. del 3 ottobre 2007, n. 20775.

⁶³ Corte di Cassazione, sent. n. 1469 del 22 febbraio 1999: "Sempre in ordine alle caratteristiche del contratto di concessione di vendita, non v'è dubbio che [...] esso, al pari di ogni altro contratto rientrante nella categoria dei contratti della distribuzione commerciale "integrata", produce l'effetto di limitare l'autonomia imprenditoriale del concessionario, il quale, in cambio della posizione privilegiata nel mercato attribuitagli dal concedente, dismette una parte del proprio poter decisionale". Sul tema della limitata autonomia imprenditoriale, la Corte di Cassazione nella medesima sentenza aggiunge: "Ma, v'è di più, perché, come si è precisato, la parziale dismissione della propria autonomia imprenditoriale da parte del concessionario viene operata in corrispettivo di una posizione di privilegio nel mercato accordatagli dal concedente, che consiste, tra l'altro, nella licenza d'uso del marchio della stessa concedente, marchio che solitamente è caratterizzato da particolare prestigio commerciale". 64 Art. 1567 cod. civ.

⁶⁴ Art. 1567 cod. civ.

di non ricevere analoghi incarichi da altri concedenti e di non provvedere lui stesso a produrre direttamente le cose che, in base al contratto di concessione, acquista dal concedente per poi rivenderle. Si può inserire inoltre anche una ulteriore clausola di esclusiva⁶⁵ che può imporre, questa volta al concedente, di non affidare ad altri concessionari, nella stessa zona e per la stessa durata temporale per la quale ha già stipulato un contratto di concessione, lo stesso incarico di vendita, distribuzione e promozione dei suoi prodotti.

3.6 le condotte poste da Unilever

Dalle risultanze istruttorie è emerso che Unilever, anche per il tramite della propria rete distributiva, ha applicato agli esercenti, che costituiscono la propria clientela e il mezzo per raggiungere i consumatori finali, una serie articolata di condizioni contrattuali e di condotte complessivamente volte a “presidiare” in maniera esclusiva e duratura il maggior numero possibile di PV, ostacolando l’accesso dei concorrenti alla rete di punti vendita che distribuiscono il prodotto e riducendo per tale via le possibilità di scelta dei consumatori.

La strategia adottata da Unilever è stata prevalentemente basata su un’estesa applicazione di clausole di esclusiva merceologica, consistenti in un obbligo a rifornirsi da Unilever per l’intero fabbisogno di gelati confezionati. Tale obbligo è stato reso più cogente dalla contemporanea applicazione di una serie di sconti e compensi condizionati (retroattivi, target incrementali, assortimento, promozionali sganciati dalle prestazioni o condizionati a prestazioni incompatibili con le forniture promiscue, finanziamenti alle associazioni di categoria) aventi anch’essi natura fidelizzante per il modo e il contesto in cui essi sono applicati. Tali sconti e compensi sono stati previsti, in combinazioni e modalità variabili, nei confronti della quasi totalità della clientela di Unilever, ivi compresa quella parte (minoritaria) non vincolata da un obbligo formale di esclusiva merceologica: anche per tale categoria di clienti, gli incentivi sono stati introdotti per impedire, o quanto meno

⁶⁵ Art. 1568 cod. civ.

scoraggiare rendendolo più costoso, il ricorso alle forniture di operatori concorrenti di Unilever, in aggiunta a quelle della stessa Unilever.

Unilever ha inoltre esercitato mirate azioni di controllo volte a verificare l'effettivo approvvigionamento esclusivo da parte della clientela, sia attraverso i propri funzionari e concessionari sia per il tramite delle associazioni di categoria con le quali sono stati stipulati gli accordi quadro. Alle clausole contrattuali e alle condotte volte a mantenere l'esclusiva merceologica "nel" PV, Unilever ha aggiunto un'applicazione generalizzata di clausole contrattuali relative alle modalità e ai tempi di retrocessione degli sconti (sconti di fine anno erogati con nota di credito) e alla durata dei contratti (mediamente superiore ai due anni e tacitamente rinnovabili) volte a limitare e "falsare" anche la concorrenza "per" il PV. Tali clausole, in particolare, hanno ridotto i momenti di confronto concorrenziale con gli operatori dotati di una gamma completa di prodotti nella fase di contrattualizzazione del cliente e incrementato i costi di subentro nella fornitura da parte di tali eventuali concorrenti.

3.6.1 L'esclusiva merceologica

L'esclusiva, in linea generale può definirsi come quella clausola che, contenuta in accordi verticali (cioè intercorrenti tra soggetti posti a livelli differenti della catena produttivo - distributiva) contribuisce ad accentuare i rapporti di collaborazione ed integrazione esistenti tra i soggetti dell'accordo, al fine di rendere ottimale la distribuzione dei prodotti e/o servizi che ne costituiscono l'oggetto.

Il diritto di esclusiva, qualora sia reciproco o bilaterale, consiste da una parte nell'impegno per il produttore / fornitore di non conferire contemporaneamente a più distributori (concessionari, franchisee, agenti) l'incarico di trattare i propri prodotti in una determinata zona, e dall'altra nell'impegno per il distributore di non trattare nella zona prodotti concorrenti. I reciproci vincoli si estendono altresì alla commercializzazione diretta di prodotti da parte del produttore / fornitore ed alla produzione di prodotti concorrenti da parte del distributore.

Scopo dell'esclusiva, soprattutto nel suo regime bilaterale perfetto sopra descritto, è quello di garantire alle parti un più stretto vincolo di collaborazione per assicurare la miglior distribuzione dei prodotti ed il successo delle rispettive attività imprenditoriali.

Si tratta in sostanza di una pattuizione contrattuale che, inserendosi con vincolo di accessorietà in un più articolato accordo per la distribuzione di beni o servizi, comporta l'impegno per uno o per entrambi i contraenti, di non concludere con terzi contratti analoghi all'interno di una determinata zona e per un certo tempo. La zona di riferimento può coincidere con una determinata area geografica ma può altresì essere individuata con criteri differenti che prendano in considerazione non solo e non tanto suddivisioni di carattere geografico, ma altresì riferimenti a canali distributivi, gruppi di clienti, categorie di potenziali clienti e criteri misti sia geografici che riferiti alle ulteriori suddivisioni anzidette.

La pattuizione costituisce dunque da un lato un incentivo all'integrazione e dall'altro lato una limitazione della concorrenza. Ciò non significa tuttavia che alle clausole di esclusiva possa considerarsi applicabile, in virtù della limitazione alla concorrenza in esse contenute, il disposto dell'art. 2596 c.c. e le sue limitazioni in termini di forma, durata e contenuto⁶⁶.

Ulteriore particolarità dell'esclusiva è che la stessa ha carattere dispositivo e non vincolante ed è quindi derogabile ad opera delle parti.

È infatti una clausola per certi versi naturale ma non per questo necessaria ed essenziale per la configurazione stessa del contratto. In alcuni rapporti, quali ad esempio la concessione di vendita ed il franchising, l'esclusiva in favore del concessionario o del franchisee diviene una sorta di contropartita necessaria a fronte degli investimenti agli stessi richiesti, che in un certo qual modo legittimano una protezione territoriale, ancorché non assoluta, come precisato in sede comunitaria.

⁶⁶ 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. Art. 2596 c.c.

Per quanto attiene alla durata dell'esclusiva, stante la sua accessorietà, la stessa sarà di norma collegata al contratto principale cui accede, anche se non è esclusa la sua prosecuzione dopo la cessazione del contratto.

3.6.2 Gli sconti e i compensi fidelizzanti

In termini generali, gli sconti fedeltà possono essere definiti come una riduzione del prezzo di listino di un prodotto che un fornitore o un venditore offrono ad un acquirente o ad un distributore come esplicita o implicita ricompensa in cambio di un rapporto di sostanziale esclusività. Ne consegue che la differenza chiave rispetto ad una forma di sconto standard è che uno schema fidelizzante risulta strutturato, da una parte, per fornire benefici sostanziali ad un cliente nel caso in cui mantenga o incrementi il suo livello di spesa verso un particolare fornitore, e, dall'altra, per imporre pesanti sanzioni al medesimo cliente nel caso in cui si rivolga ad un fornitore concorrente. Infatti, poiché nella prassi comune il fornitore non riconosce generalmente il premio se il cliente soddisfa persino una porzione limitata del suo fabbisogno d'acquisto da un altro concorrente, le pratiche fidelizzanti tendono ad avere un effetto simile ad un contratto di esclusiva, il quale, come noto, obbliga il cliente ad acquistare l'intera o parte significativa del suo fabbisogno d'acquisto da uno specifico fornitore.

Ciononostante, come dimostrato dal fatto che le suddette pratiche appaiono estremamente frequenti nei mercati ordinari, gli sconti fedeltà non risultano normalmente problematici. Qualora i concorrenti siano in grado di competere in egual termini contro i propri rivali ed i consumatori di rispondere attivamente agli incentivi proposti, è improbabile che le pratiche fidelizzanti siano anticoncorrenziali, quanto piuttosto possono rappresentare strumenti a supporto di una concorrenza di prezzo, la quale a sua volta può aumentare il livello generale di benessere sociale. Al contrario, in presenza di un'impresa dominante, gli schemi fidelizzanti possono causare distorsioni cruciali da un punto di vista della politica della concorrenza.

In ogni caso, nonostante non sia sufficiente esaminare la forma dello sconto per realizzare una corretta valutazione dell'effetto fidelizzante in una prospettiva antitrust⁶⁷, a fini preliminari, è opportuno considerare come la struttura di un generico schema fidelizzante possa variare a seconda di tre caratteristiche primarie⁶⁸.

In primo luogo, in base al tipo di soglia, è possibile distinguere tra sconti fedeltà ed obiettivo. Nel primo caso, la soglia prefissata dal fornitore che il cliente deve raggiungere è definita da una percentuale incrementale di acquisto calcolata rispetto ad un periodo passato, da una percentuale del fabbisogno d'acquisto del cliente oppure da un obbligo d'esclusiva. Nel secondo caso, la soglia fissata dal fornitore che il cliente deve raggiungere è definita invece da un volume di unità individualizzato o standardizzato.

Tuttavia, nella prassi commerciale, la soglia d'acquisto viene generalmente fissata tale da corrispondere all'intera o a parte significativa della domanda del cliente. Ciò avviene, non soltanto per gli sconti fedeltà, ma anche per la categoria target, o quantomeno per la sua variante individualizzata, la quale genera maggiori problemi da un punto di vista del diritto della concorrenza. Pertanto, le due tipologie di pratiche fidelizzanti tendono a produrre sostanzialmente gli stessi effetti economici.

In secondo luogo, in base all'ampiezza dell'applicazione, è possibile distinguere tra sconti incrementali, ovvero applicati soltanto alle unità aggiuntive acquistate al di sopra della soglia prefissata, e sconti retroattivi, ovvero applicati non soltanto alle unità aggiuntive acquistate al di sopra della soglia prefissata, bensì anche alle unità precedentemente acquistate.

Infine, in base all'ampiezza dei prodotti, è possibile distinguere tra sconti monoprodotto, applicati alle unità di un singolo prodotto acquistate, e sconti multiprodotto, applicati alle unità di una serie di prodotti acquistate.

Unilever applica ad oltre il 90% della propria clientela una combinazione personalizzata di altri sconti, compensi e clausole contrattuali.

⁶⁷ Per una valutazione tradizionale degli sconti fedeltà nella casistica giurisprudenziale europea: O'Donoghue, R., Padilla, A.R. (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford, Regno Unito e Portland, Stati Uniti, pp. 374-406.

⁶⁸ Ahlborn, C., Bailey, D. (2006), *Discounts, Rebates and Selective Pricing by Dominant Firms: A TransAtlantic Comparison*, in Marsden, P. (eds.), *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*, Edward Elgar, Cheltenham, Regno Unito e Northampton, Stati Uniti, p. 197.

La *cabinet exclusivity*, ovvero quella previsione contrattuale in forza della quale il cliente si impegna ad utilizzare le attrezzature (ossia il cabinet necessario per la conservazione dei gelati) fornite in comodato d'uso esclusivamente per la conservazione dei prodotti Unilever. Tutti i contratti stipulati tra Unilever e la clientela prevedono l'esclusiva delle attrezzature.

Unilever applica al [30-40%] della propria clientela direzionale sconti e compensi condizionati a precisi obiettivi di vendita. Gli sconti e i compensi target, in particolare, sono caratterizzati dalla previsione di un obiettivo di fatturato (il c.d. target), raggiunto il quale si applica uno sconto o un compenso che incide retroattivamente sull'intero fatturato realizzato nel periodo di riferimento.

Unilever offre a circa il [10-20%] della propria clientela direzionale e a una parte della propria clientela-concessionario anche sconti e compensi vincolati al mantenimento in modo continuativo di un paniere di suoi prodotti nell'assortimento.

Eroga al [40-50%] dei propri clienti direzionali (in termini di fatturato) compensi promozionali, in misura fissa o in percentuale sul fatturato. Tali compensi promozionali sono spesso di ingente misura e non sempre costituiscono la remunerazione di un'effettiva controprestazione promozionale resa dal cliente.

3.7 Le argomentazioni di Unilever

Unilever sostiene che l'analisi svolta dagli uffici dell'Autorità non sia conforme a quanto richiesto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la sentenza del 6 settembre 2017 nell'ambito del caso Intel⁶⁹. Infatti, pur avendo la Corte confermato che gli obblighi di esclusiva e gli sconti di esclusiva sono presuntivamente illeciti, ha precisato che l'Autorità sarà tenuta ad analizzare una serie di elementi⁷⁰, qualora l'impresa dominante possa dimostrare *“nel corso del procedimento amministrativo, sulla base di elementi di*

⁶⁹ CGUE, C-413/14 P, sentenza del 6 settembre 2017, Intel c. Commissione, §§ 137 e ss.

⁷⁰ In particolare, l'Autorità, sarà tenuta “non solo ad analizzare, da un lato, l'ampiezza della posizione dominante dell'impresa sul mercato pertinente e, dall'altro, il tasso di copertura del mercato ad opera della pratica concordata, nonché le condizioni e le modalità di concessione degli sconti di cui trattasi, la loro durata e il loro importo, ma deve anche valutare l'eventuale esistenza di una strategia diretta ad escludere dal mercato i concorrenti quantomeno altrettanto efficaci (v., per analogia, sentenza del 27 marzo 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 29)” (§ 139 della sentenza Intel).

prova, che il suo comportamento non ha avuto la capacità di restringere la concorrenza e, in particolare, di produrre gli effetti di esclusione dal mercato addebitati”.

Alla luce di quanto precede, secondo la Parte, l’analisi svolta dagli Uffici è carente in quanto non è stata dimostrata l’idoneità della strategia commerciale di Unilever ad escludere un concorrente altrettanto efficiente né sono state confutate le considerazioni difensive presentate dalla Parte. In particolare, in risposta ad un primo test del concorrente altrettanto efficiente svolto dalla Parte (As Efficient Competitor Test, c.d. AECT) nel corso del procedimento⁷¹, gli Uffici hanno replicato che, sulla base dell’approccio seguito dalla giurisprudenza europea, l’AECT non risulta necessario per dimostrare la portata escludente delle condizioni di sconto.

Per determinare la natura abusiva di una pratica scontistica, le Linee Guida europee suggeriscono di applicare il *price test*, denominato AECT test. Si tratta di un complesso test di predazione, costruito sulla questione centrale degli *switching costs*, ossia quei costi supplementari che un’impresa efficiente dovrebbe accollarsi per convincere un cliente a trasferirgli una parte dei propri ordini, generalmente sottratta alla dominante. In sostanza, per determinare se i prezzi praticati dall’impresa dominante al netto dello sconto sono sottocosto e quindi predatori, occorre stabilire qual è il prezzo che un concorrente efficiente quanto l’impresa in dominanza dovrebbe offrire al cliente per compensare quest’ultimo dello sconto cui rinunciarebbe trasferendo una parte dei propri ordini dall’impresa dominante al concorrente.

Unilever aggiunge di aver provato anche la sussistenza di giustificazioni oggettive agli obblighi di esclusiva e agli sconti fidelizzanti applicati, in quanto motivati da chiare ragioni di efficienza. Pertanto, secondo Unilever, la presunta violazione dell’art. 102 TFUE non può essere considerata come grave, e dunque – ai sensi dell’art. 15 della l. n. 287/1990 – non può comportare l’irrogazione di alcuna sanzione pecuniaria, in quanto la Società ha riposto un legittimo affidamento sul fatto che le proprie condotte, analoghe a quelle oggetto della Decisione Sagit⁷², non fossero illecite.

⁷¹ Cfr. doc. 713. Il 20 luglio 2016 la Parte aveva depositato una memoria economica intitolata “È Unilever in grado di escludere i propri concorrenti dal segmento del gelato Out-Of-Home?”, con cui aveva svolto un’analisi della portata escludente delle “clausole di esclusiva” e delle pratiche di sconto di Unilever.

⁷² procedimento istruttorio condotto dall’AGCM nei confronti della medesima società Sagit S.r.l., già Unilever Italia S.p.a. (procedimento I487): si è trattato di un caso di condotte anticoncorrenziali simili a

3.8 Le condotte adottate da Unilever attraverso i propri concessionari

Dalle risultanze istruttorie Unilever dispone di una rete distributiva composta da circa duecento concessionari - ciascuno dotato di una propria forza di vendita - legati da vincoli di esclusiva merceologica e territoriale con Unilever. Una rete di distribuzione tanto capillare ed esclusivamente dedicata alle vendite dei propri prodotti consente a Unilever di esercitare un controllo e un monitoraggio continuativo sulla propria clientela sia diretta che indiretta, “personalizzando” le politiche di vendita sulla base delle specifiche caratteristiche dei punti vendita.

Da quanto descritto in tema di previsioni del mandato di concessione, di condizioni di acquisto e di rivendita dei prodotti, di definizione delle politiche commerciali e di monitoraggio sull’attività svolta discende che i concessionari di zona non possono essere ritenuti autonomi da Unilever nell’adozione della politica commerciale nei confronti della clientela, i.e. nella previsione di condizioni di esclusiva, nell’elargizione di incentivi economici volti a fidelizzare la clientela e/o ad ottenerne l’esclusiva merceologica e nel porre in essere azioni di pressione volte a presidiare le esclusive merceologiche.

Al contrario, Unilever adduce che i concessionari siano degli imprenditori che godono di autonomia nella definizione delle proprie politiche commerciali e che, poiché essi assumono i costi e rischi connessi alla propria attività, non sia possibile ritenere né che Unilever e i concessionari siano parte di un’unica entità economica né che i concessionari siano agenti di Unilever. A riguardo, si osserva innanzitutto che, per la giurisprudenza euro unitaria costante, *“nell’ambito del diritto della concorrenza la nozione d’impresa dev’essere intesa nel senso ch’essa si riferisce ad un’unità economica dal punto di vista dell’oggetto dell’accordo, anche se sotto il profilo giuridico quest’unità economica è costituita da più persone, fisiche o giuridiche”*⁷³. Infatti, ai fini dell’applicazione delle

quelle poste in essere dalla società nel recente caso sopra esaminato 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.

⁷³ CGUE, sentenza della Corte 12 luglio 1984, causa 170/83, Hydrotherm, Racc. pag. 2999, punto 11; TPG, sentenza del 29 giugno 2000, causa T-234/95, DSG/Commissione, Racc. pag. II-2603, punto 124.

norme sulla concorrenza, la distinta personalità giuridica di due società non è decisiva, bensì ciò che rileva è “*l’unità o meno del loro comportamento sul mercato*”⁷⁴.

La giurisprudenza euro unitaria, inoltre, ha dimostrato che società con personalità giuridica distinta adottano sul mercato un unico comportamento “*non solo nei rapporti capofila-controllata, ma anche, in determinate circostanze, nei rapporti tra una società e il suo rappresentante di commercio o tra un committente e il suo commissionario. Infatti, ove si tratti di applicare gli artt. 85 e 86 del Trattato, accertare se un committente e il suo intermediario o «rappresentante di commercio» costituiscano un’unità economica - essendo il secondo un organo ausiliario facente parte dell’impresa del primo - è importante per stabilire se un comportamento rientri nell’ambito di applicazione di uno dei due articoli. Così, è stato affermato che, «quando svolge attività a vantaggio del committente, un (...) intermediario può (...) essere considerato, in linea di massima, come un organo ausiliario facente parte dell’impresa del committente, tenuto a seguire le istruzioni di questi, e tale da formare con detta impresa, alla stessa stregua di un dipendente ad esso legato da un rapporto di lavoro subordinato, una sola entità economica» (sentenza *Suiker Unie e a./Commissione*, cit., punto 480)”⁷⁵.*

Nel caso di specie, ricorrono le “determinate circostanze” idonee a ritenere che – ai fini dell’applicazione dell’art. 102 TFUE - Unilever e i suoi concessionari tengono sul mercato un unitario comportamento sul mercato. Il mandato di concessione assunto dai concessionari Unilever risponde pienamente alle caratteristiche definite a livello generale, in quanto i concessionari – nel mercato oggetto della presente valutazione – agiscono in esclusiva per Unilever, rispondono alle direttive della Parte e sono controllati nello svolgimento dell’attività distributiva, con l’obiettivo di perseguire lo scopo comune di massimizzare le vendite dei prodotti Unilever e di promuoverne i marchi capillarmente sull’intero territorio nazionale. Tutto ciò corrobora la sussistenza delle “determinate circostanze” del caso, in quanto da tale assetto deriva che Unilever attua sia un coordinamento unitario della rete distributiva sia una penetrante ingerenza nella sfera

⁷⁴ C-48/69, sentenza del 14 luglio 1972, ICI/Commissione, § 140.

⁷⁵ 8T-66/99, sentenza del TPG dell’11 dicembre 2003, *Minoan Lines SA c. Commissione*, confermata dalla CGUE, ordinanza del 17 novembre 2005, C-121/04 P.

decisionale dei concessionari, di talché concedente e concessionari si comportano sul mercato in modo unitario.

In definitiva, pur volendo considerare che i concessionari si avvalgono di una propria organizzazione di vendita, quanto sinora descritto dimostra la sussistenza degli elementi idonei a ritenere che – ai fini dell’applicazione dell’art. 102 TFUE - Unilever e i suoi concessionari tengono sul mercato un univoco e unitario comportamento sul mercato, in forza del quale i concessionari - organi ausiliari di Unilever - attuano la politica commerciale della multinazionale e, in particolare, implementano gli accordi di esclusiva (anche in forma orale) e ricorrono a incentivi fidelizzanti anche attraverso azioni di pressione nei confronti della clientela. Quindi, ai fini della presente valutazione volta all’applicazione dell’art. 102 TFUE, Unilever risponde delle condotte poste in essere per il tramite dei concessionari, in quanto, alla luce delle descritte determinate circostanze del caso, i concessionari e Unilever costituiscono un unico complesso unitario che adotta un univoco comportamento sul mercato.

3.9 L’ordinanza del Consiglio di stato e le ragioni alla base del rinvio pregiudiziale

Con l’ordinanza n. 7713 del 7 dicembre 2020 il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia una questione pregiudiziale emersa nel giudizio di appello promosso da Unilever Italia Market Operations per l’annullamento del provvedimento emesso dall’AGCM nei suoi confronti all’esito dell’istruttoria A484.

Il primo punto da approfondire riguarda la nozione di «impresa», nel diritto antitrust europeo e i conseguenti criteri di imputazione soggettiva dell’illecito. Nel caso in esame, le condotte abusive contestate dall’Autorità, pur essendo state realizzate materialmente, non da Unilever, bensì dai suoi concessionari, sono state imputate alla sola Unilever sulla base del presupposto che quest’ultima e i suoi concessionari siano riconducibili ad una medesima entità economica. La questione ha una portata cruciale nel presente giudizio poiché, come si è detto, Unilever è stata sanzionata a causa dell’operato dei concessionari, mentre le sue autonome condotte vengono prospettate dalla difesa come di per sé inidonee a dimostrare l’esistenza di un abuso escludente.

In particolare, secondo la Corte di Giustizia, ai fini dell'imputazione delle sanzioni antitrust, non deve farsi necessariamente ed esclusivamente riferimento alla persona giuridica che materialmente ha attuato la condotta, in quanto la nozione di impresa deve essere intesa nel senso che essa designa «un'unità economica ancorché, dal punto di vista giuridico, tale unità sia costituita da più persone fisiche o giuridiche»⁷⁶. La formale separazione tra due imprese conseguente alla loro distinta personalità giuridica non è decisiva, giacché sul piano esterno è decisiva invece l'unità o meno del loro comportamento sul mercato.

Le condizioni in presenza delle quali si può affermare l'esistenza di un unico centro decisionale a fronte della sussistenza di una pluralità di persone fisiche e giuridiche sono state precisate dalle sentenze della Corte di giustizia soprattutto con riguardo al fenomeno dei gruppi di impresa. La giurisprudenza europea ritiene che il comportamento di una controllata possa essere imputato alla società controllante quando, *«pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante, in considerazione, segnatamente, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche»*⁷⁷. Affinché possa dirsi che un gruppo corrisponde ad un'unica entità economica e affinché si possa così imputare alla capogruppo il comportamento concorrenziale della controllata è necessario che vengano soddisfatte due condizioni cumulative: la società madre deve avere la capacità di esercitare una influenza determinante sulla controllata e, soprattutto, essa deve aver esercitato in concreto questo potere⁷⁸. La seconda condizione comporta la necessità di provare, in concreto, l'esercizio effettivo dell'influenza determinante della società madre sulla propria controllata, ossia l'intensità e l'impatto di tale influenza, può essere oggetto di presunzione. A tal fine, occorre guardare ai legami organizzativi, economici e giuridici intercorrenti tra l'impresa controllante e controllata, tenendo conto di tutte le circostanze specifiche del caso.

⁷⁶ 10 aprile 2014, in cause riunite da C-231/11 P a C-233/11 P, Siemens AG Österreich et al.; 12 luglio 1984, causa 170/83, Hydroterm, Racc. pag. 2999, punto 11; 14 luglio 1972, causa 48/69, ICI/Commissione, Racc. pag. 619, punto 140; 11-7-2013.

⁷⁷ 10 aprile 2014, in cause riunite C-247/11 P e C-253/11, P, Areva et al., punto 30; 18 luglio 2013, in causa C-501/11, Schindler Holding Ltd, punto 101

⁷⁸ Corte, 26-9-2013, causa C-179/12P, Dow Chemical, punto 55.

Il caso oggetto di contestazione nel presente giudizio riguarda un'ipotesi di coordinamento contrattuale. Per alcune di queste figure il legislatore è intervenuto a delineare un quadro normativo di riferimento al fine di garantire uno sviluppo razionale del fenomeno collaborativo tra imprese di struttura e forza contrattuale diverse. La legge 6 maggio 2004, n. 129, ha introdotto ad esempio una serie di disposizioni relative al contratto di franchising, denominato contratto di «affiliazione commerciale», con il quale un imprenditore inserisce un altro imprenditore nella propria catena distributiva, determinando un forte grado di integrazione e cooperazione. La concessione di vendita, invece, non costituisce schema contrattuale tipico, trattandosi di un contratto innominato che si caratterizza per una complessa funzione di scambio e collaborazione. Il tipo socialmente diffuso comporta l'obbligo di stipulare singoli contratti di compravendita, ovvero di concludere contratti di puro trasferimento di prodotti, alle condizioni fissate nell'accordo iniziale.

Tuttavia, non necessariamente i contratti del tipo anzidetto, sol perché disciplinano una collaborazione strutturata e connotata da un certo grado di ingerenza tra soggetti economicamente e giuridicamente indipendenti, danno luogo ad una attività di direzione. L'autonomia può non essere assoluta, potendo il concessionario incontrare taluni limiti nell'obbligo di osservare talune istruzioni ricevute dal preponente, ma senza che ciò metta in discussione che si tratti sempre e comunque di "imprenditori autonomi" dotati ciascuno di una propria indipendenza commerciale e decisionale e ciascuno direttamente responsabile dei costi e dei rischi connessi alla sua attività.

Su queste basi, occorre capire se l'esistenza di un certo livello di ingerenza, tipica dei rapporti di collaborazione commerciale, possa essere ritenuto sufficiente a qualificare tali soggetti come parte della medesima unità economica. Ovvero se sia necessario accertare un vero e proprio collegamento "gerarchico" tra le due imprese, il quale è ravvisabile solo al cospetto di un contratto, in forza del quale più società autonome si «assoggettano» all'attività di direzione e coordinamento di una di esse.

L'esigenza di rinvenire indici di natura sostanziale dell'esercizio di un'influenza determinante sul comportamento sugli intermediari tale da comportarne la perdita della qualità di operatori economici indipendenti sembrerebbe condivisa anche dalla Corte di Giustizia. In alcune pronunce si afferma, che i rapporti tra un committente e il suo

intermediario possono essere contrassegnati da una tale unità economica ⁷⁹, «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'impresa» ⁸⁰.

Nonostante i riferimenti giurisprudenziali sopra citati, la nozione di «unica unità economica» appare ancora troppo “liquida” e incerta, sia perché fortemente condizionata dalle circostanze fattuali del case law, sia in considerazione della difficoltà di tradurre in rigorosi termini giuridici la nozione (tratta dalle discipline economiche) di “agente economico”. La definizione da parte della Corte di Giustizia di parametri valutativi più certi appare necessario per il soddisfacimento di esigenze di chiarezza e stabilità dei rapporti giuridici (certezza del diritto).

Il secondo dubbio interpretativo attiene all'elemento oggettivo dell'illecito (lo «sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato») e, in particolare, allo standard probatorio cui devono attenersi le autorità antitrust ai fini dell'accertamento di condotte abusive di natura escludente. Pare di potersi affermare che, mentre l'intesa restrittiva «per oggetto», concretandosi in un'illecita ripartizione del mercato, sia di per sé illecita, senza che sia necessario l'esame dei suoi effetti⁸¹, secondo un orientamento che appare consolidato in giurisprudenza, l'illecito dell'abuso di posizione dominante può essere accertato anche in fase preparatoria, prima che abbia prodotto effetti restrittivi⁸², non è necessaria la prova attuale degli effetti dell'abuso, essendo sufficiente la dimostrazione della mera potenzialità dell'effetto restrittivo⁸³.

Se costituisce un abuso di posizione dominante qualsiasi comportamento consistente, non solo nell'impedire effettivamente, ma anche soltanto nel tentare di impedire che permanga il livello di concorrenza ancora esistente o il suo sviluppo, ciò significa che

⁷⁹ 16 dicembre 1975, 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.

⁸⁰ 14 dicembre 2006, in C-17/05

⁸¹ (ex plurimis, Corte di Giustizia, sentenza del 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers, C 209/07).

⁸² ex plurimis: Tribunale di primo grado, 29 marzo 2012, in C-498/07

⁸³ ex plurimis: Corte di Giustizia dell'Unione Europea 17 febbraio 2011, causa C-52/09

l'atto idoneo a pregiudicare i concorrenti per un operatore in posizione dominante è di per sé sufficiente a permettere l'accertamento della violazione e l'applicazione dell'apparato sanzionatorio.

Non è tuttavia chiaro se – pur in presenza di un comportamento astrattamente idoneo alla produzione di effetti restrittivi – sia comunque ammessa la prova da parte dell'impresa sanzionata che nessun effetto restrittivo si è “storicamente” realizzato, che cioè la condotta contestata è risultata priva di offensività in concreto. In caso di risposta positiva, se sussista in capo all'Autorità antitrust l'obbligo di riscontrare in maniera puntuale le analisi economiche eventualmente prodotte dalla parte sanzionata per dimostrare la concreta incapacità della condotta oggetto di istruttoria di escludere dal mercato i propri concorrenti.

Questa Sezione VI del Consiglio di Stato, con ordinanza del 20 luglio 2020, n. 4646, ha recentemente promosso rinvio pregiudiziale posto il seguente quesito, che rileva anche nel presente giudizio: *«3) Se, in caso di abuso di posizione dominante consistito nel tentare di impedire che permanga il livello di concorrenza ancora esistente o il suo sviluppo, l'impresa dominante sia comunque ammessa a provare che – nonostante l'astratta idoneità dell'effetto restrittivo – la condotta è risultata priva di concreta offensività; se, in caso di risposta positiva, ai fini della valutazione in ordine alla sussistenza di un abuso escludente atipico, l'articolo 102 TFUE vada interpretato nel senso di ritenere sussistente in capo all'Autorità l'obbligo di esaminare in maniera puntuale le analisi economiche prodotte dalla parte sulla concreta capacità della condotta oggetto di istruttoria di escludere dal mercato i propri concorrenti»*. – Il rilievo da attribuire all'impatto attuale o potenziale sulla concorrenza nella valutazione ai sensi dell'articolo 102 va valutato, nella presente fattispecie, soprattutto alla luce della sentenza INTEL, 6 settembre 2017, nella causa C-413/14 P, relativa agli sconti fidelizzanti. La società Intel (la quale deteneva più del 70 % delle quote di mercato dei processori per computer) era stata accusata di abuso di posizione dominante nel mercato dei processori e di violazione delle regole di concorrenza dell'Unione Europea. Secondo la Commissione, Intel aveva applicato a quattro produttori di computer convenienti sconti a condizione che questi ultimi si rifornissero esclusivamente presso di lei. Inoltre, Intel

aveva stabilito pagamenti in favore di un'azienda a patto che quest'ultima vendesse solo PC dotati di processori Intel. Secondo la Commissione Europea, l'intento dei già menzionati sconti e pagamenti era quello di acquisire un'esclusiva nei confronti di questi clienti ("sconti di esclusiva") ed escludere una concorrente dalla fornitura delle medesime merci. Su queste basi, la Commissione europea aveva inflitto alla società americana una maxi-sanzione di 1,06 miliardi di euro per aver abusato della sua posizione dominante sul mercato mondiale dei microprocessori. Il Tribunale di primo grado era giunto alla conclusione che tali tipologie di sconti fossero intrinsecamente anticoncorrenziali e che, pertanto, ai fini dell'accertamento del loro carattere abusivo, non fosse necessario valutarne l'impatto attuale o potenziale sulla concorrenza alla luce di tutte le circostanze del caso. La sentenza INTEL ha così statuito:

«Per un'impresa che si trova in posizione dominante su un mercato, il fatto di vincolare – sia pure a loro richiesta – taluni acquirenti attraverso l'obbligo o la promessa di rifornirsi per tutto o gran parte del loro fabbisogno esclusivamente presso di essa costituisce abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE. Lo stesso dicasi se detta impresa, senza vincolare gli acquirenti con un obbligo formale, applica, vuoi in forza di accordi stipulati con tali acquirenti, vuoi unilateralmente, un sistema di sconti di fedeltà, cioè di riduzioni subordinate alla condizione che il cliente – indipendentemente dal volume degli acquisti – si rifornisca esclusivamente per la totalità o per una parte considerevole del suo fabbisogno presso l'impresa in posizione dominante⁸⁴. Occorre, tuttavia, precisare tale giurisprudenza nel caso in cui l'impresa considerata sostenga nel corso del procedimento amministrativo, sulla base di elementi di prova, che il suo comportamento non ha avuto la capacità di restringere la concorrenza e, in particolare, di produrre gli effetti di esclusione dal mercato addebitati»; - «In tal caso, la Commissione è tenuta, non solo ad analizzare, da un lato, l'ampiezza della posizione dominante dell'impresa sul mercato pertinente e, dall'altro, il tasso di copertura del mercato ad opera della pratica concordata, nonché le condizioni e le modalità di concessione degli sconti di cui trattasi, la loro durata e il loro importo, ma deve anche valutare l'eventuale esistenza di una strategia diretta ad escludere dal mercato i concorrenti quantomeno altrettanto efficaci⁸⁵».

⁸⁴ v. sentenza del 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche/Commissione, 85/76, EU:C:1979:36, punto 89

⁸⁵ v., per analogia, sentenza del 27 marzo 2012, Post Danmark, C 209/10, EU:C:2012:172, punto 29

L'appellante, invocando la citata sentenza Intel, lamenta che l'Autorità non avrebbe svolto alcuna analisi degli effetti concreti delle condotte di Unilever (quindi, sull'assenza di effetti escludenti rispetto ai suoi concorrenti altrettanto efficienti) e dei relativi effetti pro-competitivi sia in termini di ampliamento della diffusione dei prodotti sia in termini di riduzione del prezzo per esercenti e consumatori. L'Autorità ritiene invece che i principi espressi nella sentenza Intel non sarebbero applicabili al caso di specie, in quanto: sarebbero validi solamente con riguardo agli abusi realizzati tramite sconti fidelizzanti, mentre l'abusività della condotta di Unilever risiederebbe anche nella diffusa applicazione di clausole di esclusiva.

Su queste basi, occorre capire: se i principi della sentenza Intel siano generalizzabili al di là della fattispecie degli sconti di esclusiva o fidelizzanti, e quindi applicabili anche alla previsione di obblighi di esclusiva o a casi di condotte connotate da una molteplicità di pratiche abusive, o se invece in tali casi non vi sia alcun obbligo giuridico per l'Autorità di fondare il proprio accertamento sul criterio del concorrente altrettanto efficiente. Emerge, pertanto, la necessità di deferire l'affare alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Con l'ordinanza in esame il Consiglio di Stato, ravvisata la rilevanza cruciale che riveste la questione relativa all'imputabilità ad Unilever dell'operato dei suoi distributori locali e considerati i dubbi interpretativi in ordine alla natura e alla consistenza degli indici rivelatori del legame strutturale che in astratto debbono intercorrere tra il produttore e i suoi intermediari al fine di configurare un'unica entità economica ai fini antitrust, ha posto alla Corte di Giustizia il seguente quesito:

1) Al di fuori dei casi di controllo societario, quali sono i criteri rilevanti al fine di stabilire se il coordinamento contrattuale tra operatori economici formalmente autonomi e indipendenti dia luogo ad un'unica entità economica ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE; se, in particolare, l'esistenza di un certo livello di ingerenza sulle scelte commerciali di un'altra impresa, tipica dei rapporti di collaborazione commerciale tra produttore e intermediari della distribuzione, può essere ritenuto sufficiente a qualificare tali soggetti come parte della medesima unità economica; oppure se sia necessario un collegamento "gerarchico" tra le due imprese, ravvisabile in presenza di un contratto in forza del quale più società autonome si «assoggettano» all'attività di direzione e

coordinamento di una di esse, richiedendosi quindi da parte dell’Autorità la prova di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell’impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale e commerciale”.

Inoltre, alla luce delle censure mosse da Unilever circa il mancato rispetto dello standard probatorio fissato dalla sentenza *Intel* della Corte di Giustizia – per non aver l’Autorità analizzato gli effetti concreti delle condotte oggetto di esame e non aver tenuto conto delle analisi prodotte da Unilever che attesterebbero l’assenza di effetti escludenti – e della replica dell’Autorità secondo cui i principi della sentenza *Intel* non si applicherebbero a fattispecie diverse da quella degli sconti di esclusiva o fidelizzanti oggetto della sentenza, il Consiglio di Stato ha posto alla Corte di Giustizia il seguente ulteriore quesito:

“2) Al fine di valutare la sussistenza di un abuso di posizione dominante attuato mediante clausole di esclusiva, se l’articolo 102 TFUE vada interpretato nel senso di ritenere sussistente in capo all’autorità di concorrenza l’obbligo di verificare se l’effetto di tali clausole è quello di escludere dal mercato concorrenti altrettanto efficienti, e di esaminare in maniera puntuale le analisi economiche prodotte dalla parte sulla concreta capacità delle condotte contestate di escludere dal mercato concorrenti altrettanto efficienti; oppure se, in caso di clausole di esclusiva escludenti o di condotte connotate da una molteplicità di pratiche abusive (sconti fidelizzanti e clausole di esclusiva), non ci sia alcun obbligo giuridico per l’Autorità di fondare la contestazione dell’illecito antitrust sul criterio del concorrente altrettanto efficiente”.

CONCLUSIONI

È necessario che il Diritto acquisisca una certa contezza di come funziona l'economia e di come ragiona l'imprenditore, ed è seguendo questi propositi che la Commissione ha promosso un processo di reinterpretazione degli abusi escludenti, offrendo agli interpreti gli strumenti per discernere l'abuso dalla legittima attività della dominante, tenendo presente che quest'ultima non può venir lesa, oltre il necessario, nel proprio diritto di competere sulla base dei propri meriti: confine ultimo della libertà dell'*incumbent*. In realtà, anche quest'ultima nozione non sembra pacificamente interpretabile.

Nel farvi soventemente riferimento, la giurisprudenza sembra alludere alla "corretta" competizione, attraverso la quale ciascun agente economico tenta di conquistare la preferenza della domanda, dunque, riguarderebbe la pratica di un prezzo più conveniente, l'offerta di una maggiore varietà dei prodotti o servizi, ma anche l'innovazione soddisfacente di un'esigenza avvertita nella società: tutti comportamenti attraverso i quali, tuttavia, può anche determinarsi un abuso. Se è lo sfruttamento, e non la mera "detenzione" della posizione dominante, a dover essere sanzionato, servono parametri più precisi della generica correttezza.

La suggestiva soluzione con la quale si è estesa la portata del divieto al di fuori della dimensione strettamente economica, ha chiarito l'impossibilità di astrarre un contenuto univoco per la speciale responsabilità, la quale non potrà definirsi se non in relazione al singolo caso e alle concrete distorsioni che possano effettivamente verificarsi.

BIBLIOGRAFIA

- FATTORI-TODINO, *La Disciplina della Concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2019;
- BERNINI, “Un secolo di filosofia antitrust”, Editrice CLUEB, Bologna, 1991;
- G. GHIDINI, E. AREZZO, “La tutela della concorrenza nella Costituzione economica comunitaria e nazionale”, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), “20 anni di antitrust: l’evoluzione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato”, Giappichelli, Torino 2010;
- S. CASSESE, “La nuova Costituzione Economica”, 2004;
- G. BOGNETTI, “La Costituzione economica italiana”, Giuffrè, Milano 1995;
- R. BIN, G. PITRUZZELLA, “Diritto costituzionale”, Giappichelli, Torino 2014;
- F. MUNARI [in “Concorrenza e mercato” (a cura di V. AFFERNI), 1994;
- V. MANGINI, “Lineamenti generali”, in AA.VV., “Diritto industriale: proprietà intellettuale e concorrenza”, Giappichelli, Torino, 2009;

- S. BASTIANON, “Diritto Antitrust dell’Unione Europea”, Giuffrè, Milano, 2011;

- G. OLIVIERI, “L’abuso di posizione dominante”, in AA.VV., “Diritto industriale: proprietà intellettuale e concorrenza”, Giappichelli, Torino, 2009;

- S. BASTIANON, “L’abuso di posizione dominante”, Giuffrè, Milano, 2001;

- R. GARROZZO, le decisioni dell’AGCM, con particolare riferimento alle decisioni di accertamento, e la relativa politica sanzionatoria, in L.F Pace, Dizionario sistematico della concorrenza, Jovene editore, Napoli, 2013;

- L.FERRUCCI, Strategie competitive e processi di crescita dell’impresa, Franco Angelo editore, Milano, 2002;

- G. D’ATTORE, Una “ragionevole concorrenza”: il ruolo della rule of reason dopo la riforma del diritto antitrust comunitario, in Giur. Comm., 2004;

- R. FRANCESCHELLI, Concorrenza, in Enc. Giur. VIII, 2007, p. 2 e M. Circi, Concorrenza, in Enc. Giur. VIII, Treccani, Roma, 2008;

- M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in Enc. del diritto, Annali, III, Giuffrè, Milano, 2010;

- S. CASSESE *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2007;

- Dossier del Servizio Studi del Senato della Repubblica, ottobre 2010, n.22, pag. 7, reperibile al sito: www.senato.it;

- F. ZATTI, “Riflessioni sull’art. 41 Cost: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione”, reperibile al sito: www.forumcostituzionale.it.