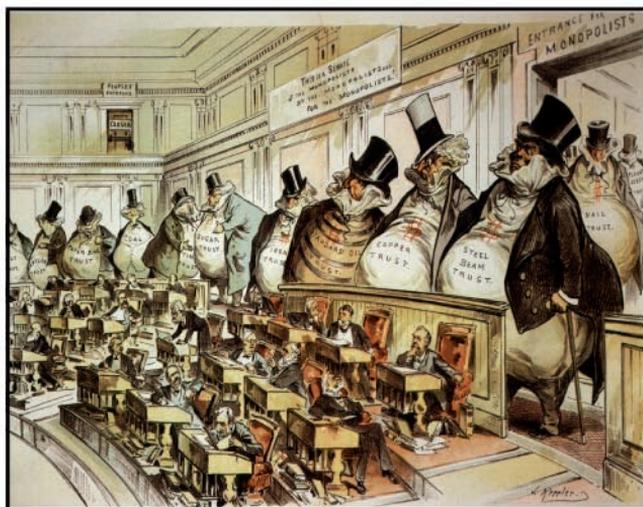


PIETRO MANZINI

CASI E MATERIALI DI DIRITTO ANTITRUST EUROPEO



L'Europa in movimento

Raccolta di testi e documenti

G. GIAPPICHELLI EDITORE

Collana

L'Europa in movimento

Raccolta di testi e documenti diretta da Bruno Nascimbene

In copertina:

JOSEPH KEPPLER, *The Bosses of the Senate*, litografia, 1889.

PIETRO MANZINI

CASI E MATERIALI DI
DIRITTO *ANTITRUST* EUROPEO



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3795-0

ISBN/EAN 97-888-921-9446-5 (ebook - pdf)

I volumi sono sottoposti a referaggio da parte del comitato dei referees della Collana.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Presentazione</i>	IX
CAPITOLO I	
LE RESTRIZIONI DELLA CONCORRENZA	
1. Il divieto di intese restrittive della concorrenza	3
1.1. Obiettivi del divieto	3
1.2. Restrizioni “per oggetto” o “per effetto”	7
1.3. Restrizioni <i>de minimis</i>	12
1.4. Restrizioni “per oggetto” non rientranti nella comunicazione <i>de minimis</i>	15
2. Il pregiudizio al commercio tra Stati membri	18
3. Le intese: accordi e pratiche concordate	22
3.1. La nozione di accordo	22
3.2. Le intese non rientranti nell’ambito di applicazione dell’art. 101	23
3.3. La nozione di pratica concordata	29
4. Le intese orizzontali	33
4.1. Lo scambio di informazioni	35
4.2. Responsabilità comune e responsabilità del facilitatore	38
4.3. Durata dell’intesa anticoncorrenziale	43
4.4. Prova dell’intesa orizzontale	47
4.5. Distanziamento pubblico	51
4.6. Mezzi probatori e valore probante	55
4.7. Determinazione del valore probante	57
4.8. Presunzioni probatorie e presunzione di innocenza	60
5. Le intese verticali	61
5.1. Definizione di restrizioni verticali	61
5.2. L’applicazione dell’articolo 101(1) alle restrizioni verticali	62
5.3. Generalità sulle condizioni di applicazione dell’art. 101(3)	64

	<i>pag.</i>
5.4. L'applicazione dell'articolo 101(3) agli accordi verticali	67
5.5. La doppia soglia del 30%	71
5.6. Reti parallele di restrizioni verticali simili	73
5.7. Monomarchismo (o accordo di esclusiva)	73
5.8. Disposizioni specifiche relative al 'nocciolo duro' delle restrizioni verticali	74
5.9. Imposizione dei prezzi di vendita	76
5.10. Sistemi di distribuzione esclusiva	77
5.11. Sistemi di distribuzione selettiva	78
5.12. L'esenzione 'Metro'	80
5.13. Sistemi di distribuzione selettiva e commercio <i>on-line</i>	81
6. La nozione di impresa	85
6.1. L'attività economica	85
6.2. Inapplicabilità dell'articolo 101 nelle relazioni interne al gruppo di società	88
6.3. La responsabilità della controllante	90
6.4. Responsabilità della controllante e presunzione di innocenza	98
6.5. Responsabilità in caso di ristrutturazioni, cessioni o altre modifiche delle imprese	99

CAPITOLO II

L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

1. La posizione dominante	106
1.1. La definizione della posizione dominante	106
1.2. Il mercato rilevante	108
1.3. La posizione dominante collettiva	114
2. Il divieto di abuso di posizione dominante	115
2.1. La nozione di abuso	115
2.2. Le giustificazioni dell'abuso	118
3. Gli abusi di sfruttamento	121
3.1. Prezzi eccessivi	121
3.2. Prezzi discriminatori	132
4. Gli abusi di esclusione	138
4.1. Prezzi predatori	138
4.2. Classificazione delle pratiche scontistiche	140
4.3. Sconti di fedeltà/di esclusiva	144
4.4. Sconti appartenenti alla 'terza categoria'	146
4.5. Nozione di 'concorrente altrettanto efficiente'	151

	<i>pag.</i>
4.6. Rifiuto di effettuare forniture	154
4.7. Dottrina delle <i>'essential facilities'</i>	161
4.8. Compressione dei margini	166
4.9. Contratti leganti e vendite abbinate	169

CAPITOLO III

L'APPLICAZIONE DEL DIRITTO *ANTITRUST*

1. I poteri decisionali della Commissione	177
1.1. Poteri investigativi della Commissione	179
1.2. Legittimità del doppio ruolo della Commissione quale <i>'prosecutor'</i> e <i>'adjudicator'</i>	188
2. I diritti di difesa dell'impresa	190
2.1. Diritto ad essere sentiti	190
2.2. Diritto di rimanere in silenzio	191
2.3. <i>Legal privilege</i>	195
3. Le ammende inflitte dalla Commissione	199
3.1. Il metodo della Commissione per il calcolo delle ammende	199
3.2. Programmi di clemenza	205
3.3. Proporzionalità delle ammende	208
3.4. <i>Ne bis in idem</i>	209
4. Le azioni di risarcimento dei danni	212
4.1. Diritto ad ottenere il risarcimento per violazione del diritto <i>antitrust</i>	212
4.2. Divulgazione delle prove e accesso ai documenti	218
4.3. Responsabilità in solido	223
4.4. Trasferimento del sovrapprezzo	225

PRESENTAZIONE

Una raccolta di ‘casi e i materiali’ è, per definizione, un lavoro umile. E pur tuttavia utile. Ciò vale in particolare per il diritto antitrust europeo che è costituito da una struttura normativa relativamente scarna, in relazione alla quale la Corte di giustizia e il Tribunale dell’Unione europea hanno però sviluppato una giurisprudenza vastissima, a sua volta integrata da un’ampia e importante rete di atti amministrativi della Commissione.

Data l’ampiezza del materiale, le scelte qui effettuate sono state necessariamente draconiane e in parte arbitrarie, ma hanno comunque l’ambizione di illustrare al lettore i tratti più significativi della materia, sia dal punto di vista sostanziale che da quello procedurale. Esse sono state affinate e guidate dalle valutazioni, attente e pertinenti, dei miei studenti del corso di *European Antitrust Law*, che da diversi anni tengo presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell’Alma Mater.

Anche grazie a questo vaglio, il materiale raccolto è piuttosto ‘elaborato’, nel senso che dello stesso sono riportate solo quelle parti che recano le soluzioni di diritto individuate dalle istituzioni europee, ovviamente mantenute nel loro contesto fattuale e giuridico. Inoltre, i testi sono stati sistematizzati in modo da agevolare una lettura non disarticolata della logica e dello sviluppo della materia.

La raccolta è destinata principalmente agli studenti universitari che decidano di seguire un corso di diritto della concorrenza, ma potrebbe risultare utile anche al professionista interessato a cogliere direttamente dalla prassi applicativa gli elementi essenziali di una materia la cui conoscenza non può più essere appannaggio dei soliti ‘divergenti’ e sognatori europei, ma è divenuta necessaria anche per i solidi e concreti giureconsulti nazionali. Nell’art. 1, par. 4 della legge n. 287/90 si precisa che le norme italiane sulla concorrenza vanno interpretate alla luce dei ‘principi dell’ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza’. In questa raccolta il giurista italiano trova quei principi.

Licenziando il testo non posso non menzionare i giovani studiosi del Dottorato in Diritto europeo che si sono incaricati (o forse ho incarica-

to, non ricordo bene ...) di trasformare il materiale in inglese sparso per le copisterie di Via Zamboni in un ordinato testo in italiano: *in primis* Rosario Federico e Federica Ferrari, ma anche, Nicola Bergamaschi, Jennifer Tutsi ed Enrico Tinti: grazie ancora per la vostra curiosità e dedizione alla ricerca.

Bologna, 2 febbraio 2021

Avvertenze

Sulla numerazione delle norme antitrust del trattato. Nei materiali qui riportati il lettore troverà citate le due norme *antitrust* del trattato con numerazioni differenti. L'attuale art. 101 TFUE corrisponde all'art. 85 CEE e all'art. 81 CE. L'attuale art. 102 corrisponde all'art. 86 CEE e all'art. 82 CE. Si tratta degli effetti degli emendamenti dei trattati succedutesi nel tempo. Tuttavia il testo e il contenuto delle due norme è rimasto sostanzialmente invariato.

Sulla citazione della giurisprudenza delle Corti dell'Unione. Nella giurisprudenza qui riportata si è deciso di seguire l'uso di indicare il nome delle parti della causa (in caso di ricorso diretto o di appello) o il nome di una parte sola del giudizio nazionale (in caso di rinvio pregiudiziale), il numero di causa e la data della sentenza. Si è invece omesso il riferimento della pubblicazione, oggi diventato pleonastico, perché le sentenze delle Corti UE si reperiscono agevolmente sul sito della Curia mediante il numero di causa. Resta inteso che la versione ufficiale e facente fede delle sentenze va reperita nella Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

CAPITOLO I

LE RESTRIZIONI DELLA CONCORRENZA

SOMMARIO: 1. Il divieto di intese restrittive della concorrenza. – 1.1. Obiettivi del divieto. – 1.2. Restrizioni “per oggetto” o “per effetto”. – 1.3. Restrizioni *de minimis*. – 1.4. Restrizioni “per oggetto” non rientranti nella comunicazione *de minimis*. – 2. Il pregiudizio al commercio tra Stati membri. – 3. Le intese: accordi e pratiche concordate. – 3.1. La nozione di accordo. – 3.2. Le intese non rientranti nell’ambito di applicazione dell’art. 101. – 3.3. La nozione di pratica concordata. – 4. Le intese orizzontali. – 4.1. Lo scambio di informazioni. – 4.2. Responsabilità comune e responsabilità del facilitatore. – 4.3. Durata dell’intesa anticoncorrenziale. – 4.4. Prova dell’intesa orizzontale. – 4.5. Distanziamento pubblico. – 4.6. Mezzi probatori e valore probante. – 4.7. Determinazione del valore probante. – 4.8. Presunzioni probatorie e presunzione di innocenza. – 5. Le intese verticali. – 5.1. Definizione di restrizioni verticali. – 5.2. L’applicazione dell’articolo 101(1) alle restrizioni verticali. – 5.3. Generalità sulle condizioni di applicazione dell’art. 101(3). – 5.4. L’applicazione dell’articolo 101(3) agli accordi verticali. – 5.5. La doppia soglia del 30%. – 5.6. Reti parallele di restrizioni verticali simili. – 5.7. Monomarchismo (o accordo di esclusiva). – 5.8. Disposizioni specifiche relative al ‘nocciolo duro’ delle restrizioni verticali. – 5.9. Imposizione dei prezzi di vendita. – 5.10. Sistemi di distribuzione esclusiva. – 5.11. Sistemi di distribuzione selettiva. – 5.12. L’esonero ‘Metro’. – 5.13. Sistemi di distribuzione selettiva e commercio *on-line*. – 6. La nozione di impresa. – 6.1. L’attività economica. – 6.2. Inapplicabilità dell’articolo 101 nelle relazioni interne al gruppo di società. – 6.3. La responsabilità della controllante. – 6.4. Responsabilità della controllante e presunzione di innocenza. – 6.5. Responsabilità in caso di ristrutturazioni, cessioni o altre modifiche delle imprese.

Articolo 101 (ex articolo 81 del TCE)

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

- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;
- b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
- d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;
- e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto.

3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili:

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

1. Il divieto di intese restrittive della concorrenza

1.1. Obiettivi del divieto

Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale
2011/C 11/01

20. La valutazione a norma dell'articolo 101 comporta due fasi. La prima fase, ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, consiste nel valutare se un accordo tra imprese, che possa pregiudicare gli scambi tra Stati membri, abbia un oggetto anticoncorrenziale o effetti restrittivi sulla concorrenza, effettivi o potenziali (19). La seconda fase, a norma dell'articolo 101, paragrafo 3, che interviene solo qualora si ritenga che un accordo possa restringere la concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, consiste nel determinare i benefici per la concorrenza prodotti dall'accordo in questione e nel valutare se tali effetti favorevoli superino gli effetti restrittivi (20). La valutazione comparata degli effetti restrittivi e degli effetti favorevoli per la concorrenza è condotta esclusivamente nell'ambito dell'articolo 101, paragrafo 3 (21). A norma dell'articolo 101, paragrafo 2, nel caso gli effetti favorevoli non prevalgano sulla restrizione della concorrenza, l'accordo sarà automaticamente nullo.

Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott

19 febbraio 2009 (causa T-Mobile Netherlands BV e altri), C-8/08

57. Secondo il suo stesso disposto, l'art. 81, n. 1, CE, si dirige in generale contro l'impedimento, la restrizione o la distorsione della concorrenza all'interno del mercato comune. Fra i diversi esempi di cui all'art. 81, n. 1, lett. a)-e), CE, non si trova parimenti alcuna restrizione consistente nel vietare solo pratiche commerciali anticoncorrenziali con effetti diretti sui consumatori finali.

58. Piuttosto, l'art. 81 CE costituisce parte di un sistema inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno [art. 3, n. 1, lett. g), CE]. Di conseguenza l'art. 81 CE, come anche le altre norme sulla concorrenza del Trattato, non è soltanto e prioritariamente destinato a tutelare gli interessi immediati di singoli concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, pertanto, la concorrenza in quanto

tale (come istituto). In questo modo, naturalmente, viene indirettamente tutelato anche il consumatore. Infatti, se la concorrenza in quanto tale subisce un pregiudizio, alla fine sono da temere svantaggi anche per il consumatore.

59. Una pratica concordata non persegue dunque uno scopo anticoncorrenziale solo se è idonea ad esplicare direttamente effetti sui consumatori e sui prezzi che questi devono pagare oppure – per riprendere le parole della T-Mobile – sul «consumer welfare». Piuttosto, si deve assumere uno scopo anticoncorrenziale già se la pratica concordata è idonea a impedire, restringere o falsare la concorrenza all'interno del mercato comune. In tal modo si indica infatti che la pratica concordata può in ogni caso esplicare indirettamente anche effetti negativi sui consumatori.

60. Restringere il divieto sancito dall'art. 81, n. 1, CE solo alle pratiche che influiscono direttamente sui prezzi al dettaglio priverebbe questa disposizione, di importanza centrale per il mercato interno, di gran parte della sua efficacia pratica.

T-Mobile Netherlands BV e altri

4 giugno 2009, C-8/08

32. In secondo luogo, per quanto riguarda lo scambio di informazioni tra concorrenti, occorre ricordare che i criteri del coordinamento e della collaborazione, costitutivi di una pratica concordata, vanno intesi alla luce della concezione inerente alle norme del Trattato in materia di concorrenza, secondo la quale ogni operatore economico deve determinare autonomamente la condotta che intende seguire sul mercato comune (v. sentenze *Suiker Unie e a./Commissione*, cit., punto 173; 14 luglio 1981, causa 172/80, *Züchner*, *Racc.* pag. 2021, punto 13; *Ahlström Osakeyhtiö e a./Commissione*, cit., punto 63, e 28 maggio 1998, causa C-7/95 P, *Deere/Commissione*, *Racc.* pag. I-3111, punto 86).

33. Se è vero che la suddetta esigenza di autonomia non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei loro concorrenti, nondimeno essa vieta rigorosamente che fra gli operatori stessi abbiano luogo contatti, diretti o indiretti, in grado di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente attuale o potenziale, oppure di rivelare a tale concorrente il comportamento che si intende tenere, o che si prevede di tenere, sul mercato, qualora tali contatti abbiano lo scopo, o producano l'effetto, di realizzare condizioni di concorrenza diverse da quelle normali nel mercato in questione, tenuto conto della natura dei prodotti o delle prestazioni fornite,

dell'importanza e del numero delle imprese e del volume di detto mercato (v., in tal senso, citate sentenze *Suiker Unie e a./Commissione*, punto 174; *Züchner*, punto 14, e *Deere/Commissione*, punto 87).

34. Così, ai punti 88 e seguenti della citata sentenza *Deere/Commissione*, la Corte ha dichiarato che, in un mercato oligopolistico fortemente concentrato, come quello oggetto della causa principale, lo scambio di informazioni può consentire alle imprese di conoscere le posizioni sul mercato, nonché la strategia commerciale dei loro concorrenti e, di conseguenza, può alterare sensibilmente la concorrenza in essere fra gli operatori economici.

35. Ne consegue che lo scambio di informazioni tra concorrenti può risultare contrario alle regole della concorrenza qualora riduca o annulli il grado di incertezza in ordine al funzionamento del mercato di cui trattasi, con conseguente restrizione della concorrenza tra le imprese (v. sentenze *Deere/Commissione*, cit., punto 90, e 2 ottobre 2003, causa C-194/99 P, *Thyssen Stahl/Commissione*, *Racc.* pag. I-10821, punto 81).

36. In terzo luogo, per quanto riguarda la possibilità di considerare che una pratica concordata abbia uno scopo anticoncorrenziale nonostante essa sia priva collegamenti diretti con i prezzi al dettaglio, occorre rilevare che la formulazione dell'art. 81, n. 1, CE non è tale da indurre a ritenere che siano vietate unicamente quelle pratiche concordate che abbiano effetti diretti sul prezzo pagato dai consumatori finali.

37. Per contro, dall'art. 81, n. 1, lett. a), CE si evince che una pratica concordata può avere uno scopo anticoncorrenziale qualora consista nel «fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione». Nella causa principale, come sostenuto dal governo olandese nelle sue osservazioni scritte, risulta che i compensi dei rivenditori costituiscono elementi determinanti nella fissazione del prezzo che sarà pagato dal consumatore finale relativamente agli abbonamenti.

38. In ogni caso, come osservato dall'avvocato generale al paragrafo 58 delle sue conclusioni, l'art. 81 CE, come le altre regole in materia di concorrenza enunciate nel Trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi immediati di singoli concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale.

39. Pertanto, contrariamente a quanto sembra ritenere il giudice del rinvio, l'accertamento della sussistenza dell'oggetto anticoncorrenziale di una pratica concordata non può essere subordinata all'accertamento di un legame diretto di quest'ultima con i prezzi al dettaglio.

GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione
6 ottobre 2009, cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P,
C-515/06 P e C-519/06 P.

58. A tal riguardo, si deve sottolineare che, secondo costante giurisprudenza, al fine di valutare il carattere anticoncorrenziale di un accordo, occorre far riferimento, segnatamente, al tenore delle sue disposizioni, agli obiettivi dallo stesso perseguiti nonché al contesto economico e giuridico in cui esso si colloca (v., in tal senso, sentenze 8 novembre 1983, cause riunite da 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, IAZ International Belgium e a./Commissione, *Racc.* pag. 3369, punto 25, nonché 20 novembre 2008, causa C-209/07, Beef Industry Development Society e Barry Brothers, *Racc.* pag. I-8637, punti 16 e 21). Inoltre, benché l'intenzione delle parti non costituisca un elemento necessario per determinare la natura restrittiva di un accordo, nulla vieta alla Commissione o ai giudici comunitari di tenerne conto (v., in tal senso, sentenza IAZ International Belgium e a./Commissione, *cit.*, punti 23-25).

59. Nel settore del commercio parallelo, la Corte ha già avuto l'occasione di dichiarare che, in linea di principio, accordi volti ad impedire o limitare tale commercio sono diretti ad impedire la concorrenza (v., in tal senso, sentenze 1° febbraio 1978, causa 19/77, Miller International Schallplatten/Commissione, *Racc.* pag. 131, punti 7 e 18, nonché 12 luglio 1979, cause riunite 32/78 e da 36/78 a 82/78, BMW Belgium e a./Commissione, *Racc.* pag. 2435, punti 20-28 e 31).

60. Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 155 delle conclusioni, tale principio, secondo cui un accordo diretto a restringere il commercio parallelo deve essere considerato «come avente un oggetto restrittivo per la concorrenza», trova applicazione nel settore farmaceutico.

61. A tal riguardo la Corte ha d'altronde affermato, nell'ambito dell'applicazione dell'articolo 81 CE e in una causa attinente al settore farmaceutico, che un accordo tra produttore e distributore allo scopo di ristabilire le barriere nazionali nel commercio tra Stati membri può essere tale da impedire il perseguimento dell'obiettivo del Trattato diretto a realizzare l'integrazione dei mercati nazionali tramite la creazione di un mercato unico. In tal senso, la Corte ha ripetutamente qualificato accordi diretti a compartimentare i mercati nazionali secondo le frontiere nazionali o rendendo più ardua l'integrazione dei mercati nazionali, segnatamente quelli diretti a vietare o a limitare le esportazioni parallele, come accordi aventi ad oggetto la limitazione della concorrenza ai sensi del detto articolo del Trattato (sentenza 16 settembre 2008, cause riuni-

te da C-468/06 a C-478/06, Sot. Léloukas e a., *Racc.* pag. I-7139, punto 65 e giurisprudenza ivi citata).

62. Per quanto attiene all'affermazione del Tribunale, secondo cui, se è pacifico che un accordo diretto a limitare il commercio parallelo dev'essere considerato, in linea di principio, diretto a restringere la concorrenza, ciò è vero nella misura in cui possa presumersi che l'accordo privi i consumatori finali dei benefici di una concorrenza efficace in termini di approvvigionamento e di prezzi, si deve rilevare che né il tenore dell'art. 81, n. 1, CE, né la giurisprudenza consentono di avvalorare tale affermazione.

63. Da un lato, dalla detta disposizione non emerge minimamente che unicamente gli accordi che privino i consumatori di taluni benefici possono presentare un oggetto anticoncorrenziale. Dall'altro, si deve sottolineare che la Corte ha affermato che l'art. 81 CE, al pari delle altre regole in materia di concorrenza enunciate nel Trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi di concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale. Pertanto, l'accertamento della sussistenza dell'oggetto anticoncorrenziale di un accordo non può essere subordinato alla circostanza che i consumatori finali siano privati dei benefici di una concorrenza efficace in termini di approvvigionamento o di prezzi (v., per analogia, sentenza T-Mobile Netherlands e a., cit., punti 38 e 39).

64. Ne consegue che, subordinando l'esistenza di un oggetto anticoncorrenziale alla prova che le condizioni generali di vendita implicino inconvenienti per i consumatori finali ed escludendo l'esistenza di tale oggetto nelle condizioni medesime, il Tribunale è incorso in un errore di diritto.

1.2. *Restrizioni “per oggetto” o “per effetto”*

*Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato
sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi
di cooperazione orizzontale
2011/C 11/01*

23. L'articolo 101, paragrafo 1, vieta gli accordi il cui oggetto o effetto è la restrizione della concorrenza (26).h

i) Restrizioni della concorrenza per oggetto

24. Le restrizioni della concorrenza per oggetto sono quelle che per

loro stessa natura possono restringere la concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1 (27). Non è necessario valutare gli effetti reali o potenziali di un accordo sul mercato una volta stabilito il suo oggetto anticoncorrenziale (28).

25. Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell'Unione europea, onde valutare se un accordo ha un oggetto anticoncorrenziale, occorre tener conto del contenuto delle disposizioni dell'accordo, gli obiettivi perseguiti e il contesto economico e giuridico di cui fa parte. Inoltre, anche se l'intenzione delle parti non è un fattore necessario per determinare se un accordo ha un oggetto anticoncorrenziale, la Commissione può tuttavia tenere conto di tale aspetto nella propria analisi (29). Ulteriori indicazioni in merito al concetto di restrizione della concorrenza per oggetto sono desumibili dalle linee direttrici generali.

ii) Effetti restrittivi sulla concorrenza

26. Se un accordo di cooperazione orizzontale non è restrittivo della concorrenza per oggetto, si deve esaminare se abbia significativi effetti restrittivi sulla concorrenza. Devono essere presi in considerazione sia gli effetti reali che quelli potenziali. In altre parole, deve essere almeno probabile che l'accordo produca effetti anticoncorrenziali.

27. Affinché un accordo abbia effetti restrittivi sulla concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, esso deve avere un significativo impatto negativo reale o probabile su almeno uno dei parametri della concorrenza nel mercato, quali prezzo, produzione, qualità dei prodotti, varietà dei prodotti o innovazione. Gli accordi possono produrre tali effetti quando riducono sensibilmente la concorrenza tra le parti dell'accordo o tra le parti e terzi. Ciò significa che l'accordo deve ridurre l'indipendenza decisionale delle parti (30) a causa di obblighi in esso contenuti che regolano il comportamento di mercato di almeno una delle parti oppure influiscono sul comportamento di mercato di almeno una delle parti determinando un mutamento dei suoi incentivi.

28. È probabile che si verifichino effetti restrittivi sulla concorrenza nel mercato rilevante nel caso in cui sia possibile prevedere con un grado ragionevole di probabilità che, a causa dell'accordo, le parti potrebbero aumentare in modo redditizio i prezzi o ridurre la produzione, la qualità o la varietà dei prodotti o l'innovazione. Ciò dipenderà da vari fattori, quali la natura e il contenuto dell'accordo, la misura in cui le parti, singolarmente o congiuntamente, detengono o pervengono a detenere un certo potere di mercato e in cui l'accordo contribuisce alla creazione, al mantenimento o al rafforzamento di tale potere di mercato, ovvero consenta alle parti di sfruttarlo.

Groupement des cartes bancaires (CB) c. Commissione
11 settembre 2014, C-67/13 P

Sull'esame dell'esistenza di una restrizione della concorrenza per «oggetto» ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE

48. Occorre ricordare che, per ricadere nel divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1, CE, un accordo, una decisione di associazione di imprese o una pratica concordata devono avere «per oggetto o per effetto» di impedire, restringere o falsare la concorrenza nel mercato interno.

49. A tal proposito, dalla giurisprudenza della Corte risulta che alcune forme di coordinamento tra imprese rivelano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario (v., in tal senso, in particolare, le sentenze LTM, 56/65, EU:C:1966:38, 359 e 360; BIDS, punto 15, nonché Allianz Hungária Biztosító e a., C-32/11, EU:C:2013:160, punto 34 e giurisprudenza ivi citata).

50. Tale giurisprudenza si fonda sul fatto che talune forme di coordinamento tra imprese possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza (v., in tal senso, in particolare, sentenza Allianz Hungária Biztosító e a., EU:C:2013:160, punto 35 e giurisprudenza ivi citata).

51. È quindi pacifico che la probabilità che certi comportamenti coltusi, quali quelli che portano alla fissazione orizzontale dei prezzi da parte di cartelli, abbiano effetti negativi, in particolare, sul prezzo, sulla quantità o sulla qualità dei prodotti e dei servizi, è talmente alta che può essere ritenuto inutile, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, dimostrare che tali comportamenti hanno effetti concreti sul mercato (v., in tal senso, in particolare, sentenza Clair, 123/83, EU:C:1985:33, punto 22). L'esperienza, infatti, dimostra che tali comportamenti determinano riduzioni della produzione e aumenti dei prezzi, dando luogo ad una cattiva allocazione delle risorse a detrimento, in particolare, dei consumatori.

52. Nel caso in cui l'analisi di un tipo di coordinamento tra imprese non presenti un grado sufficiente di dannosità per la concorrenza, occorrerà, per contro, esaminarne gli effetti e, per vietarlo, dovranno sussistere tutti gli elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo significativo (sentenza Allianz Hungária Biztosító e a., EU:C:2013:160, punto 34 e giurisprudenza ivi citata).

53. A mente della giurisprudenza della Corte, per valutare se un accordo tra imprese o una decisione di associazione di imprese presentano

un grado sufficiente di dannosità per essere considerati come una restrizione della concorrenza «per oggetto» ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, occorre riferirsi al tenore delle loro disposizioni, agli obiettivi che essi mirano a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale essi si collocano. Nella valutazione di tale contesto, occorre prendere in considerazione anche la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione (v., in tal senso, *Allianz Hungária Biztosító e a.*, EU:C:2013:160, punto 36 e giurisprudenza ivi citata).

54. Inoltre, sebbene l'intenzione delle parti non costituisca un elemento necessario per determinare la natura restrittiva di un accordo tra imprese, nulla vieta alle autorità garanti della concorrenza ovvero ai giudici nazionali e dell'Unione di tenerne conto (v. sentenza *Allianz Hungária Biztosító e a.*, EU:C:2013:160, punto 37 e giurisprudenza ivi citata).

Toshiba Corporation c. Commissione
20 gennaio 2016, C-373/14 P

23. Al punto 228 della sentenza impugnata, il Tribunale ha dichiarato che la Commissione ha ritenuto correttamente che un accordo come il gentlemen's agreement, quale accordo di ripartizione dei mercati, dovesse essere qualificato come «restrizione per oggetto».

24. Va ricordato a tal riguardo che, per ricadere nel divieto sancito dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, un accordo deve avere «per oggetto o per effetto» di impedire, restringere o falsare la concorrenza nel mercato interno. Secondo una giurisprudenza costante della Corte a partire dalla sentenza LTM (56/65, EU:C:1966:38), l'alternatività di tale condizione, espressa dalla disgiunzione «o», rende necessario innanzitutto considerare l'oggetto stesso dell'accordo (sentenza *ING Pensii*, C-172/14, EU:C:2015:484, punto 30).

25. Pertanto, nel caso in cui venga dimostrato l'oggetto anticoncorrenziale di un accordo, non è necessario indagare i suoi effetti sulla concorrenza (v., in tal senso, sentenze *T-Mobile Netherlands e a.*, C-8/08, EU:C:2009:343, punti 28 e 30, e *GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a.* C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610, punto 55).

26. Quanto alla qualificazione di una pratica come restrizione per oggetto, dalla giurisprudenza della Corte emerge che talune forme di coordinamento tra imprese rivelano un grado di dannosità per la concorren-

za sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario (sentenza *ING Pensii*, C-172/14, EU:C:2015:484, punto 31). Tale giurisprudenza si fonda sulla circostanza che talune forme di coordinamento tra imprese possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza (sentenza *CB/Commissione*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punto 50).

27. La giurisprudenza della Corte è parimenti orientata nel senso che, al fine di valutare se un accordo tra imprese presenti un grado di dannosità sufficiente per essere considerato come una «restrizione della concorrenza per oggetto» ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, occorre riferirsi al tenore delle sue disposizioni, agli obiettivi che esso mira a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale si colloca (sentenza *ING Pensii*, C-172/14, EU:C:2015:484, punto 33).

28. La Corte ha quindi già statuito che accordi vertenti sulla ripartizione dei mercati costituiscono violazioni particolarmente gravi della concorrenza (v., in tal senso, sentenze *Solvay Solexis/Commissione*, C-449/11 P, EU:C:2013:802, punto 82, e *YKK e a./Commissione*, C-408/12 P, EU:C:2014:2153, punto 26). La Corte ha altresì dichiarato che gli accordi finalizzati alla ripartizione dei mercati hanno un oggetto restrittivo della concorrenza in sé e appartengono a una categoria di accordi espressamente vietata dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, poiché un siffatto oggetto non può essere giustificato mediante un'analisi del contesto economico in cui si iscrive la condotta anticoncorrenziale di cui trattasi (sentenza *Siemens e a./Commissione*, C-239/11 P, C-489/11 P e C-498/11 P, EU:C:2013:866, punto 218).

29. Per quanto riguarda siffatti accordi, l'analisi del contesto economico e giuridico in cui si colloca la pratica può quindi limitarsi a quanto risulti strettamente necessario per concludere per la sussistenza di una restrizione della concorrenza per oggetto.

30. Nel caso di specie, la Toshiba sostiene che il Tribunale ha commesso un errore di diritto qualificando il gentlemen's agreement come «restrizione della concorrenza per oggetto», senza verificare prima se l'eventuale entrata nel mercato del SEE rappresentasse per i produttori giapponesi una strategia economicamente redditizia.

31. A tal riguardo, va rammentato che il Tribunale ha esaminato l'argomento della Toshiba secondo cui il gentlemen's agreement non era idoneo a restringere la concorrenza all'interno del SEE in quanto i produttori europei e giapponesi non erano concorrenti sul mercato europeo. È in tale contesto che, al punto 230 della sentenza impugnata, il Tribunale ha constatato, da un lato, che, avendo l'articolo 101 TFUE ad oggetto anche la concorrenza potenziale, il gentlemen's agreement era atto

a restringere la concorrenza, a meno che non esistessero barriere insormontabili all'entrata nel mercato europeo che escludessero qualsiasi concorrenza potenziale da parte dei produttori giapponesi.

32. Dall'altro, ai punti 232 e 233 della sentenza impugnata, il Tribunale ha considerato che tali barriere non potessero essere qualificate come insormontabili, il che era dimostrato dalla circostanza che l'Hitachi aveva accettato progetti provenienti da clienti situati in Europa.

33. Al punto 231 della sentenza impugnata, il Tribunale ha anche considerato che il gentlemen's agreement rappresentasse un «forte indizio dell'esistenza di un rapporto concorrenziale» tra le due categorie di produttori, il che, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 100 delle sue conclusioni, costituisce un elemento del contesto economico e giuridico pertinente.

34. Orbene, l'analisi in tal modo effettuata dal Tribunale è conforme ai criteri enunciati ai punti da 24 a 29 della presente sentenza al fine di dimostrare il carattere di restrizione per oggetto di una violazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, senza che si renda necessaria un'analisi più dettagliata del contesto economico e giuridico pertinente.

35. Ad ogni modo, va osservato che, nei limiti in cui la Toshiba afferma che il Tribunale ha considerato a torto che le barriere all'entrata nel mercato europeo non fossero insormontabili e che esistesse pertanto una concorrenza potenziale tra i produttori europei e giapponesi su questo stesso mercato, con siffatti argomenti viene contestata la valutazione dei fatti operata dal Tribunale, la quale, in assenza di uno snaturamento manifesto dei medesimi e fatta salva l'analisi da operare nell'ambito del secondo motivo della presente sentenza, è sottratta al controllo della Corte in sede di impugnazione.

1.3. *Restrizioni de minimis*

Expedia Inc.

13 dicembre 2012, C-226/11

35. Occorre poi ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, ai fini dell'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, è superfluo prendere in considerazione gli effetti concreti di un accordo, ove risulti che esso ha per oggetto di restringere, impedire o falsare il gioco della concorrenza (v., in tal senso, sentenze del 13 luglio 1966, *Consten e Grundig/Commissione*, 56/64 e 58/64, *Racc.* pag. 457, in particolare