

# DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

## Le pratiche facilitanti e scambi di informazioni

*Sommario: I. PRATICHE FACILITANTI E SCAMBIO DI INFORMAZIONI NEL DIRITTO EUROPEO DELLA CONCORRENZA. – II. LO STATO DELL'ARTE DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA IN MATERIA DI SCAMBIO DI INFORMAZIONI E ALCUNE COMPLICAZIONI.*

### I. PRATICHE FACILITANTI E SCAMBIO DI INFORMAZIONI NEL DIRITTO EUROPEO DELLA CONCORRENZA

Quello delle pratiche facilitanti e dello scambio di informazioni è un interessante esempio di fattispecie giuridica elaborata sulla scorta di una correlativa elaborazione compiuta dalla dottrina economica. In una certa fase storica della sua prassi decisionale, infatti, la Commissione Europea si convinse della necessità di intervenire nei confronti di certe pratiche (c.d. *facilitanti*) che potevano avere l'effetto di rafforzare la collusione che, per ipotesi, affligge molti mercati oligopolistici. La tesi essenziale della Commissione è che certi comportamenti, a cominciare dallo scambio diretto o indiretto di informazioni commercialmente sensibili tra concorrenti, debbano essere vietati in quanto hanno per conseguenza di eliminare la poca concorrenza che residua in un mercato oligopolistico.

In tali mercati, infatti, secondo la teoria economica seguita dalla Commissione, la concorrenza risulta fortemente compromessa dalla situazione di *interdipendenza*, per la quale le imprese, sapendo che ogni loro azione provocherà la reazione diretta dei concorrenti, preferiscono, per mantenere un equilibrio a loro favorevole e non scatenare una guerra dei prezzi o altri comportamenti punitivi e sostanzialmente «autolesionisti», non farsi concorrenza nel modo tipico dei mercati frammentati. In questi, infatti, manca proprio la situazione di interdipendenza, in ragione del fatto che le singole imprese sono troppo piccole perché il loro comportamento possa ripercuotersi direttamente sulla posizione delle altre imprese, onde le azioni concorrenziali risultano più agevoli, poiché le imprese sanno che i

loro concorrenti non avranno né la possibilità né l'incentivo a reagire, senza contare che molto spesso non saranno in grado addirittura di individuare il comportamento concorrenziale. Ora, secondo appunto la tesi seguita dalla Commissione, una delle poche forme concorrenziali possibili nei mercati ove prevale la collusione, è quella della *concorrenza occulta*, e cioè quel tanto di concorrenza che le imprese possono azionare, magari per periodi relativamente brevi, senza timore di palesare immediatamente il proprio comportamento alle altre imprese e potersi attendere la conseguente reazione di punizione.

La Corte di giustizia ha confermato l'orientamento della Commissione (e del Tribunale, al quale le parti erano ricorse in appello), che aveva considerato, in un c.d. caso *pilota*, l'illiceità di un sistema attraverso il quale i principali concorrenti nel mercato dei trattori nel Regno Unito si scambiavano regolarmente dati particolareggiati riguardanti le vendite dei trattori loro e dei loro concorrenti.

La Corte, riesaminando la sentenza di primo grado del Tribunale, osservò infatti che: «nella fattispecie, occorre rilevare che, per giungere alla conclusione che la riduzione del grado di incertezza sul funzionamento del mercato riduce l'autonomia decisionale delle imprese ed è, di conseguenza, in grado di restringere la concorrenza ai sensi dell'art. [101], n. 1, il Tribunale ha osservato, in particolare, che, in linea di principio, in un mercato effettivamente concorrenziale la trasparenza fra gli operatori economici è tale da contribuire a intensificare la concorrenza tra i fornitori, dato che, in un caso del genere, il fatto che un operatore economico tenga conto delle informazioni sul funzionamento del mercato di cui dispone grazie al sistema di scambio di informazioni per adeguare il suo comportamento sul mercato, considerato il frazionamento dell'offerta, non è tale da ridurre o annullare, per gli altri operatori economici,

qualsiasi incertezza sulla prevedibilità del comportamento dei propri concorrenti. Il Tribunale ha tuttavia dedotto che, in un mercato oligopolistico fortemente concentrato, come quello in questione, lo scambio di informazioni sul mercato può consentire alle imprese di conoscere le posizioni sul mercato e la strategia commerciale dei loro concorrenti e, di conseguenza, può alterare sensibilmente la concorrenza in essere fra gli operatori economici.

Nell'ambito di questa valutazione, il Tribunale ha tenuto conto della natura, della periodicità e della destinazione delle informazioni comunicate nella fattispecie. Per quanto concerne, in primo luogo, la natura delle informazioni scambiate, segnatamente di quelle relative alle vendite effettuate all'interno di ognuna delle aree di distribuzione, il Tribunale ha infatti rilevato che esse sono segreti commerciali e consentono alle imprese partecipanti all'accordo di conoscere le vendite effettuate dai loro distributori sia all'esterno sia all'interno dei confini attribuiti, così come quelle delle altre imprese concorrenti e dei loro distributori partecipanti all'accordo. In secondo luogo, il Tribunale ha osservato che le informazioni relative alle vendite sono comunicate a scadenza ravvicinata e sistematicamente. Infine il Tribunale ha constatato che le informazioni sono divulgate tra i principali fornitori, unicamente a vantaggio di questi ultimi e ad esclusione degli altri fornitori e dei consumatori». Per concludere che «Alla luce di questo ragionamento, occorre considerare che il Tribunale ha giustamente concluso nel senso che il sistema di scambio di informazioni riduce o annulla l'incertezza sul funzionamento del mercato e che, di conseguenza, può alterare la concorrenza tra i costruttori»<sup>1</sup>.

Oltre allo scambio di informazioni, possono considerarsi *pratiche facilitanti*, tra l'altro, anche: la clausola del cliente più favorito; gli annunci sui prezzi o su altre condizioni delle transazioni; la standardizzazione (volontaria) dei prodotti; il

ricorso a punti focali; le partecipazioni incrociate, la sovrapposizione dei componenti degli organi decisionali (c.dd. *interlocking directorates*) di più imprese concorrenti, e la partecipazione ad imprese comuni.

L'interesse sistematico di tali fattispecie deriva dal fatto che esse sono considerate in una luce *prognostica* assai simile a quella che caratterizza il trattamento delle operazioni di concentrazione (e alla disciplina delle esenzioni *ex art. 101 § 3 TFUE*): nel senso che si tratta di comportamenti dei quali si decreta la illiceità non (o comunque non necessariamente) per il fatto che essi abbiano uno scopo o un effetto anticoncorrenziale, ma per il fatto che, come detto, essi possono meramente *facilitare* il raggiungimento di un tale effetto.

## II. LO STATO DELL'ARTE DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA IN MATERIA DI SCAMBIO DI INFORMAZIONI E ALCUNE COMPLICAZIONI

Dovendo dunque riassumere lo stato del diritto concorrenziale in merito allo scambio di informazioni come risulta dalla giurisprudenza della Corte, si può ritenere acclarata l'illiceità di quello scambio che si compie su di un mercato *altamente concentrato*; concerne *informazioni rilevanti* dal punto di vista dei comportamenti di mercato (quali prezzi, vendite, clienti, investimenti, capacità, e via dicendo); prevede che le informazioni siano scambiate in modo da preservarne la rilevanza commerciale, in particolare in quanto siano scambiate *a scadenze ravvicinate e in forma disaggregata* (mantenendo, cioè, la *visibilità* delle informazioni stesse); è posto in essere solo tra le imprese partecipanti all'accordo, e non sia diretto ad imprese esterne e, in particolare, ai *consumatori*.

Questo è quanto è acclarato ad oggi. Ma, come spesso accade nel diritto della concorrenza, la situazione è un po' più complicata. E tra i vari fattori di complicazione che possono menzionarsi al proposito, ve ne è uno sul quale vale spen-

<sup>1</sup> C. giust. CE, 28 maggio 1998, causa C-7/95,

*John Deere c. Commissione*, in *Racc.* 1998, p. I-3111, punti 86 ss.

dere qualche parola. Ed è quello della distinzione tra un'intesa restrittiva vera e propria ed uno scambio di informazioni (potenzialmente restrittivo, ma solo in quanto facilita la collusione). In altri termini, laddove più concorrenti si incontrino e si scambino i prezzi, magari ancora i loro prezzi futuri, dovremo considerare tale fatto come uno scambio di informazioni (e dunque discutere della presenza di tutti gli elementi sopra richiamati), ovvero un vero e proprio cartello?

La Commissione ha recentemente provato a risolvere il problema attraverso la distinzione tra restrizione per oggetto e per effetto<sup>2</sup>. Scambi di informazioni quali quelli relativi ai prezzi futuri sarebbero anticoncorrenziali per oggetto, laddove ad esempio quelli concernenti i prezzi attuali lo sarebbero, almeno potenzialmente, per effetto. Ora, a parte i problemi inerenti alla distinzione, e in particolare alla sua applicazione, oggetto/effetto, nel proporre tale tesi la Commissione sembra voler abbandonare la sua stessa teoria, fondata, in sostanza, sull'idea che lo scambio di informazioni potesse considerarsi illecito solo in quanto potenzialmente atto a produrre certi *effetti*, e stante la presenza di una serie di ulteriori elementi, a cominciare dalle caratteristiche del mercato. Non è un caso, dunque, se, nello stesso documento, la Commissione diparta completamente dal requisito della

natura oligopolistica del mercato, rappresentato come un elemento rilevante per configurare la illiceità dello scambio, ma non essenziale. Nel così fare, tuttavia, la Commissione, da una parte, si pone in netto contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia, che pare inequivocabilmente considerare che tale caratteristica sia prerequisite essenziale perché si decreti la illiceità dello scambio<sup>3</sup> e, dall'altra, obnubila la distinzione tra pratica facilitante e cartello, obliando di considerare il fatto piuttosto importante che, su di un mercato che tenda a funzionare in modo competitivo, la diffusione di informazioni è non solo pro-concorrenziale ma, stando anche alla teoria economica classica, è condizione necessaria per l'esplicitarsi della concorrenza stessa.

CRISTOFORO OSTI

#### *Bibliografia*

M. GRILLO, «Collusion and Facilitating Practices: a New Perspective in Antitrust Analysis», in *European Journal of Law and Economics*, 2002, vol. 14, p. 151; M. IVALDI - B. JULLIEN - P. REY - P. SEABRIGHT - J. TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report For DG Competition, IDEI Toulouse, 2003; K.-U. KÜHN - X. VIVES, «Information Exchanges Among Firms and their Impact on Competition», in *Office of the Official Publications of the European Community*, 1995, Luxembourg; C. OSTI, *Antitrust e Oligopolio*, Bologna, 1995.

<sup>2</sup> *Comunicazione della Commissione - Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, in G.U. n. C-11 del 2011, § 55 ss.

<sup>3</sup> C. giust. CE, 23 novembre 2006, causa C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL contro Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, in *Racc.* 2006, p. I-11125, punti 58 e 61.