

CAPITOLO 14

Contratto di rete e normativa antitrust

Semaforo verde della Commissione Europea per il contratto di rete

Il contratto di rete può, a talune condizioni, presentare profili di dubbia compatibilità con la disciplina comunitaria in tema di concorrenza (artt. da 101 a 107 TFUE).

Duplici è l'ordine di profili per valutarne la compatibilità:

- il contratto di rete, introducendo misure volte a fornire sostegno finanziario alle imprese, potrebbe rappresentare un aiuto di Stato contravvenendo, quindi, il divieto previsto dall'art. 107 TFUE, secondo cui "sono incompatibili con il mercato comune [...] gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali [...] che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza".

Sul punto la Commissione Europea, con decisione del 26 gennaio 2011, C(2010)8939 def. (come previsto ai sensi dell'art. 108 TFUE), ha affermato che la misura in esame non costituisce aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 par.1, del trattato TFUE, tenuto conto del fatto che la rete di imprese non ha personalità giuridica autonoma.

Il sostegno alle imprese, introdotto dallo Stato con il contratto di rete, consiste in una sospensione di imposta concessa alle società, che partecipano ad una rete di imprese, sulla quota di utili accantonata ad apposita riserva per la realizzazione della rete di imprese. La misura non è settoriale, perché prescinde dall'ambito di attività, dalla dimensione delle imprese, né prevede limiti di localizzazione territoriale, di conseguenza la Commissione ha escluso che la misura rientri tra gli aiuti vietati ai sensi dell'art. 107 TFUE.

- Il contratto di rete e gli accordi ad esso conseguenti possono, a talune condizioni, contravvenire il divieto di intese, di concentrazioni di imprese e di





abuso di posizione dominante, come disciplinati a livello comunitario e recepite dal legislatore nazionale.

La compatibilità dello strumento del contratto di rete con la disciplina anticoncorrenziale è questione complessa, ed è con riferimento ai due ordinamenti, quello comunitario e quello interno (pur rivestendo quest'ultimo carattere residuale rispetto al primo), che deve essere vagliato il contratto di rete. Sul punto la Commissione Europea:

- con C(2010)8939 def, ha osservato che la decisione, che nega la natura di aiuto di Stato alla misura rappresentata dal contratto di rete, non pregiudica l'applicazione dell'art. 101 del TFUE [ex art. 81 del TCE].
- con Comunicazione 2011/C-11/01, (Linee direttrici sull'applicabilità dell'art.101 TFUE agli accordi di cooperazione orizzontale), ha precisato che il fatto che le autorità pubbliche incoraggino un accordo di cooperazione orizzontale non significa che l'accordo sia, per ciò solo, ammissibile ai sensi dell'art. 101 TFUE.

Inoltre, l'opportunità di valutare la compatibilità tra contratto di rete e disciplina anticoncorrenziale, si ravvisa anche alla luce del Regolamento (UE) n. 1217/2010 concernente l'applicazione dell'esenzione, prevista dall'art. 101 par.3 TFUE, a talune categorie di accordi aventi ad oggetto la ricerca e lo sviluppo di prodotti.

L' Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato:

- con comunicazione dell'11 maggio 2011, ha osservato che l'istituto del contratto di rete non può costituire una deroga ai principi della libera concorrenza e del mercato.

I divieti previsti dalla disciplina Antitrust con particolare attenzione alle intese

I due sistemi, quello nazionale con le norme di cui agli artt. 2, 3, 5 e 6 della l. 287/1990, e quello comunitario con la previsioni di cui all'art. 101 del TFUE, si rivolgono essenzialmente a tre fattispecie che possono pregiudicare l'assetto concorrenziale del mercato: le intese, l'abuso di posizione dominante e le concentrazioni di imprese.

Le intese (art. 2 l. 287/90 ed art. 101 TFUE) sono gli accordi e/o le pratiche con-

cordate tra imprese nonché le deliberazioni volti a limitare la libertà di azione sul mercato.

Ricade nella nozione di intesa la stipulazione di un contratto, così come molte altre fattispecie (accordi, protocolli di intesa, preliminari, convenzioni, lettere di intenti, *gentlemen's agreement*); per quanto concerne il contratto di rete, possono costituire intese non solo il contratto, in quanto tale, ma anche le eventuali, successive decisioni dell'organo comune (qualora esso sia previsto e venga costituito).

Requisiti e caratteristiche delle intese vietate

Un'intesa, perché sia vietata ai sensi della normativa anticoncorrenziale e di conseguenza sanzionata con la nullità, deve caratterizzarsi nel seguente modo: avere oggetto o (in via alternativa, non cumulativa) effetto che restringa, impedisca o falsi la concorrenza.

Per oggetto dell'intesa deve intendersi non il contenuto dell'accordo bensì lo scopo, ovvero l'obiettivo rispetto al quale l'accordo risulta essere funzionale.

Per valutare gli effetti di un'intesa vanno prese in considerazione le conseguenze che l'accordo produce sull'assetto concorrenziale del mercato, va pertanto individuato il mercato di riferimento all'interno del quale l'intesa esplica gli effetti, ed il potere che le imprese esercitano sul mercato.

Perché un'intesa sia idonea a restringere la concorrenza è necessario che le imprese che vi prendono parte siano in un rapporto di concorrenza, effettiva od almeno potenziale, a livello orizzontale o verticale. Un esempio: un contratto di rete tra imprese concorrenti, avente ad oggetto lo scambio di informazioni e la collaborazione in predeterminati ambiti potrebbe sortire un effetto restrittivo sulla concorrenza, facendo sì che ad un sistema decentrato di scelte indipendenti se ne sostituisca uno in cui le decisioni rilevanti sotto il profilo competitivo vengano concertate o concordate, in modo tacito o espresso, da parte di più imprese.

L'analisi della portata e lesività di ogni intesa va condotta caso per caso, tenendo in considerazione le diverse combinazioni dei fattori e l'effetto complessivo dell'accordo in questione.

Si presti attenzione al fatto che la nullità con cui sono sanzionate le intese vietate, conseguendo alla violazione di norme poste a tutela dell'ordine pubblico economico, è la nullità di cui all'art. 1418 c.c., pertanto assoluta, rilevabile dal giudi-





ce, retroattiva non convalidabile ed imprescrittibile.

Intese non vietate: caratteristiche e condizioni

Non tutte le intese sono vietate, in due diverse ipotesi, infatti, esse sono ammissibili:

- sono lecite le cd. "intese minori", ossia quelle intese che per la struttura del mercato interessato, la caratteristica delle imprese operanti e gli effetti prodotti non incidono, in modo rilevante, sull'assetto concorrenziale del mercato (lo si deduce leggendo a contrario l'art. 101 TFUE e l'art. 2, comma 2°, l.n.287/1990).

Sul punto la Commissione Europea con Comunicazione 2001/C -368/07 cd. "de minimis" stabilisce, con l'ausilio di soglie basate sulle quote di mercato, ciò che non costituisce una restrizione sensibile della concorrenza ai sensi dell'articolo 101 del TFUE. La zona di sicurezza creata dalla comunicazione de quo si applica ad accordi tra concorrenti effettivi o potenziali (accordi orizzontali) quando la loro quota di mercato aggregata non supera il 10 %. Nel caso di accordi tra non concorrenti (accordi verticali), la quota di mercato detenuta da ciascuna delle parti non deve superare il 15% per rientrare nei casi contemplati dalla comunicazione. Le soglie in termini di quota di mercato sono ridotte al 5% per i mercati in cui c'è un effetto cumulativo di reti parallele di accordi simili.

Si presti attenzione, però, al fatto che la comunicazione non si applica agli accordi contenenti una o più restrizioni gravi (c.d. "restrizioni hardcore") ossia quando le intese intervengono sulla dinamica dei prezzi, sulla limitazione della produzione o delle vendite, oppure sulla ripartizione del mercato e della clientela

- ai sensi dell'art. 4 l. 287/1990 e del par. 3 dell'art. 101 TFUE, le intese **possono essere autorizzate** quando diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuate anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale ed i miglioramenti siano connessi con l'aumento della produzione o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico o economico. Inoltre, devono ricorrere altri due requisiti: l'indispensabilità dell'intesa e l'impossibilità di eliminare la concorrenza.

La valutazione circa l'applicabilità dell'art. 101 TFUE non può prescindere, inoltre, dal prendere in esame le linee direttrici contenute nella Comunicazione della Commissione 2011/C -11/01.

La valutazione del contratto di rete nel quadro delle intese ammesse

La valutazione della compatibilità degli accordi stipulati nel mercato ed i divieti anticoncorrenziali espone ad un problema delicato e fortemente avvertito anche dalla Commissione Europea, con la suddetta Comunicazione 2011/C 11/01, ossia il rapporto tra politica di favore per le forme di aggregazione ed il diritto della concorrenza.

Per quanto concerne l'analisi della compatibilità tra contratto di rete e normativa Antitrust, devono esser tenute presenti due peculiarità del contratto di rete: in primis il fatto che il contratto di rete è uno strumento pensato per fornire un incentivo alle piccole e medie imprese, pertanto le intese stipulate dalle imprese in rete, seppur connotate da anticoncorrenzialità, potrebbero, per lo più, rientrare nel novero delle "intese minori".

In secondo luogo, il contratto di rete si connota proprio per il fatto di voler contribuire ad incrementare, incentivare, favorire, la capacità innovativa e competitività sul mercato. Bisogna, quindi, nel valutare la compatibilità del contratto di rete con il divieto di intese concorrenziali, prestare attenzione alle due ipotesi: verificare se esso costituisca un'intesa minore, oppure se il contratto, pur risultando incisivo sul gioco della concorrenza all'interno di un mercato, vada esente dal divieto di cui all'art. 101 par. 1 TFUE, in quanto esso abbia la capacità di contribuire a migliorare la produzione o la distribuzione di un prodotto o la promozione tecnica, tecnologica od economica (in questa ipotesi l'intesa dev'esser previamente autorizzata, ai sensi dell'art. 4 l. 287/1990, dall'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato. In forza, invece, della disciplina dettata dal Reg. CE 1/2003 all'art. 1 par.2, le intese che rispettano le condizioni dell'art. 101, par.3 TFUE non sono vietate senza che occorra una previa decisione in tal senso).

Rimane sempre imprescindibile il seguente requisito: i benefici, che scaturiscono dall'intesa, per gli utilizzatori, devono essere prevalenti rispetto agli effetti anticompetitivi cui gli stessi sono esposti.





Anche lo strumento rappresentato dal contratto di rete può andar soggetto ad una difficile, e di non immediata soluzione, valutazione di compatibilità: infatti, pur nell'intento che ha mosso il legislatore a favorire la cooperazione in materia di ricerca, sviluppo e di sfruttamento dei risultati, promuovendo il progresso tecnico ed economico delle imprese coinvolte nell'accordo, l'esenzione non può operare per gli accordi che diano la possibilità di eliminare la concorrenza in relazione ad una parte sostanziale dei prodotti, dei servizi, delle tecnologie.


L'analisi degli accordi e delle intese scaturenti dal contratto di rete deve essere condotta tenendo conto del tipo di operazione che con esso si realizza. Diversa sarà l'analisi da condurre a seconda che il contratto di rete possa configurare uno scambio di informazioni, un accordo di produzione, un accordo di acquisto, un accordo di commercializzazione oppure un accordo di normazione. Per valutare le caratteristiche - che questi accordi devono presentare per poter ricadere nella previsione di cui al par. 3 dell'art. 101 TFUE - vanno attentamente considerate le linee direttrici di cui alla Comunicazione 2011/C 11/01, nonché del Regolamento (UE) n.330/2010 relativo agli accordi verticali.

Alla luce di quanto detto sopra, se ne deduce che l'individuazione dei confini tra intese ed operazioni atte a incrementare la competitività, e quelle invece restrittive o distorsive della concorrenza è questione delicata, non da ultimo per la nullità di cui possono essere affette talune manifestazioni di accordi inter-imprenditoriali, tra cui il contratto di rete, quando assumono, per portata e dimensioni, connotati lesivi della disciplina Antitrust.

Abuso di posizione dominante e concentrazioni tra imprese

L'abuso di posizione dominante, ovvero la concentrazione di imprese non si risolvono propriamente nella stipulazione di un contratto, nella specie il contratto di rete, possono tuttavia, anche tramite esso, essere realizzate.

Per posizione dominante, nel mercato comunitario o nazionale, si intende una situazione di potenza economica tale da consentire all'impresa che la detiene (o alle imprese che la detengono) di vanificare una posizione di effettiva concorrenza sul mercato di riferimento. È l'abuso, ossia lo sfruttamento abusivo di tale posizione ad esser vietato (art. 3 l. 287/90 ed art.102 TFUE), ma il divieto, in quanto tale, non si traduce in alcuna sanzione civilistica, bensì l'Autorità garante procede



a diffidare le imprese e gli enti interessati ed irroga sanzioni di carattere amministrativo. Per i contratti stipulati in violazione del divieto, la giurisprudenza italiana è divisa sul punto: secondo una tesi i contratti sono nulli ex art.1418 c.c., secondo altra tesi, invece, la norma codicistica non è applicabile al caso in questione. Le concentrazioni fra imprese (artt. 5,6 e 7 l.287/90 e Reg. CE 139/2004) possono essere realizzate mediante diversi strumenti giuridici: fusioni, scissioni, acquisto di azienda o di partecipazioni di controllo; comune denominatore è il risultato economico conseguibile, ossia l'ampliamento delle quote di mercato detenute da un'impresa, con conseguente riduzione del numero di imprese indipendenti operanti nel settore. Le concentrazioni, che, in quanto tali, rappresentano un utile strumento che risponde all'esigenza di accrescimento della competitività delle imprese, diventano illecite quando alterano il regime concorrenziale del mercato. Nell'ipotesi in cui si realizzi una concentrazione, l'Autorità garante, a cui preventivamente dev'esser comunicata l'operazione, può vietarla ed in caso di violazione del divieto, possono essere irrogate sanzioni pecuniarie di natura amministrativa commisurate al fatturato delle imprese coinvolte nella concentrazione.

Contratto di rete ed abuso di dipendenza economica

Il contratto di rete potrebbe prestarsi ad integrare, altresì, un'altra fattispecie vietata: l'abuso di dipendenza economica previsto dall'art. 9 l. 192/1998. Il patto con cui si realizza detto abuso è sanzionato con la nullità (cd. nullità di protezione e pertanto relativa secondo la lettura che ne viene data in dottrina). È noto che in giurisprudenza prevale la tesi secondo cui l'art. 9 della l. 192/1998 (Disciplina della subfornitura nelle attività produttive) trovi applicazione in relazione a tutti i rapporti tra imprese e non solo a quelli di subfornitura. La norma di cui all'art. 9 definisce la dipendenza economica come la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. Poiché con il contratto di rete le imprese si dotano di una disciplina per i rapporti di collaborazione tra esse intercorrenti, non è da escludere l'ipotesi che il contratto di rete possa dar vita ad un assetto di posizioni tale da configurare un abuso di dipendenza economica, come tale sanzionato con la nul-



lità. Detta nullità è considerata nullità di protezione, cd. relativa, ma in ordine alla rilevanza d'ufficio non si registra unanimità di opinioni in dottrina. Tuttavia, questa forma di invalidità non pare essere riconoscibile ex ante, ma solamente essere valutabile ex post, in base allo svolgimento dell'intera operazione economico-imprenditoriale nel suo complesso, pertanto non si ritiene che essa possa costituire oggetto del controllo di legalità giuridica che il notaio è tenuto a svolgere.

In sintesi: la Commissione Europea, con decisione del 26 gennaio 2011, C(2010)8939 def., ha affermato che la misura in esame non costituisce aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 par.1, del trattato TFUE, tenuto conto che la rete di imprese non ha personalità giuridica autonoma.

Il contratto di rete e gli accordi ad esso conseguenti possono, a talune condizioni, contravvenire il divieto di intese, di concentrazioni di imprese e di abuso di posizione dominante, come disciplinati a livello comunitario e recepiti dal legislatore nazionale. A questo proposito l' AGCoM, con comunicazione dell'11 maggio 2011, ha osservato che l'istituto del contratto di rete non può costituire una deroga ai principi della libera concorrenza e del mercato.

Stante il divieto di intese anticoncorrenziali, per quanto concerne il contratto di rete, possono costituire intese non solo il contratto, in quanto tale, ma anche le eventuali, successive decisioni dell'organo comune (qualora esso sia previsto e venga costituito). L'analisi della portata e lesività di ogni intesa va condotta caso per caso, tenendo in considerazione le diverse combinazioni dei fattori e l'effetto complessivo dell'accordo in questione.

Nel valutare la compatibilità del contratto di rete con il divieto di intese concorrenziali, va prestata attenzione alle due ipotesi: verificare se esso costituisca un'intesa minore, oppure se il contratto, pur risultando incisivo sul gioco della concorrenza all'interno di un mercato, vada esente dal divieto di cui all'art. 101 par. 1 TFUE, in quanto esso abbia la capacità di contribuire a migliorare la produzione o la distribuzione di un prodotto o la promozione tecnica, tecnologica od economica

L'individuazione dei confini tra intese ed operazioni atte a incrementare la competitività, e quelle invece restrittive o distorsive della concorrenza è questione delicata, anche per la nullità di cui possono essere affette talune manifestazioni di accor-

di inter-imprenditoriali, tra cui il contratto di rete, quando assumono, per portata e dimensioni, connotati contrastanti con la disciplina Antitrust.

Poiché con il contratto di rete le imprese si dotano di una disciplina per i rapporti di collaborazione tra esse intercorrenti, non è da escludere l'ipotesi che il contratto di rete possa dar vita ad un assetto di posizioni tale da configurare un abuso di dipendenza economica, come tale sanzionato con la nullità. Tuttavia, questa forma di invalidità non pare essere riconoscibile ex ante, ma solamente essere valutabile ex post, in base allo svolgimento dell'intera operazione economico-imprenditoriale nel suo complesso, pertanto non si ritiene che essa possa costituire oggetto del controllo di legalità giuridica che il notaio è tenuto a svolgere.

