

IL CASO DOLE: LO SCAMBIO DI INFORMAZIONI COME RESTRIZIONE PER OGGETTO EX ART. 101 TFUE

Che lo scambio di informazioni fra imprese possa talvolta suscitare preoccupazioni concorrenziali non è certo una novità nell'ambito del diritto antitrust dell'Unione (v. già questa [Comunicazione](#) del 1968). Tale fattispecie continua tuttavia a rappresentare un tema controverso: non solo per i diversi approcci seguiti dalle varie Autorità antitrust (anche nell'ambito della Rete), ma soprattutto per i suoi legami con una questione centrale per la stessa politica di concorrenza: il riferimento è al contrasto fra "approccio strutturale" e "approccio economico" alle finalità del diritto antitrust. Il tema meriterebbe più ampia trattazione, ma è qui sufficiente segnalare che la sentenza in commento (C-286/13, [Dole](#)) è interessante proprio perché affronta, non a caso, entrambe le questioni.

Va premesso che lo scambio di informazioni può, da un lato, rappresentare un elemento accessorio di più ampi accordi e, dall'altro lato, costituire un'autonoma pratica concordata. Il discrimine è la funzione economica: nel primo caso, si facilita la creazione di un cartello; nel secondo, la funzione dello scambio si esaurisce nella circolazione delle informazioni. Entrambe le fattispecie sono coperte dall'art. 101 TFUE: aumentando la trasparenza del mercato, anche lo scambio "puro" facilita l'adeguamento reciproco delle strategie delle imprese, specie se riguarda informazioni sensibili, come i prezzi ([Linee direttrici](#) sugli accordi orizzontali, § 65).

Come conferma anche la sentenza in commento, ciò permette di censurare casi in cui vi è prova dello scambio, ma non di altro. Il caso riguarda un'intesa orizzontale fra imprese produttrici di frutta, nella forma di una pratica concordata per coordinare i prezzi delle banane. Il meccanismo dei prezzi nel mercato rilevante può essere descritto come segue (§§ 1-32). I produttori fissano settimanalmente il "prezzo di riferimento" delle banane raccolte (banane verdi). Tale prezzo di riferimento influenza il "prezzo reale" delle banane mature sul mercato (banane gialle), che però dipende anche da fattori esterni (es. clausole dei contratti di distribuzione). Le imprese si scambiano delle "comunicazioni di pretariffazione", che contengono indicazioni circa le tendenze di mercato, e soprattutto sui futuri prezzi di riferimento (*i.e.*, prezzi delle banane verdi previsti per la settimana successiva). Le imprese si scambiano altresì i prezzi di riferimento effettivamente praticati, così rafforzando l'affidabilità delle previsioni, e quindi i margini di coordinamento.

Confermato che lo scambio "puro" può integrare una pratica concordata, senza che sia necessario dimostrare una (diversa) intesa, la sentenza ha il pregio di chiarire ulteriormente la portata dell'onere probatorio della Commissione. L'occasione è fornita dalle peculiarità del caso: si diceva infatti che le

informazioni scambiate non riguardano i “prezzi reali” delle banane (gialle) praticati ai consumatori, ma i “prezzi di riferimento” delle banane (verdi). Le imprese contestano il nesso tra detti prezzi: influenzando marginalmente i prezzi finali, lo scambio di informazioni non potrebbe qualificarsi come restrizione della concorrenza per oggetto (§ 107). La Commissione avrebbe quindi dovuto dimostrarne gli (eventuali) effetti anticoncorrenziali.

Come si diceva, le questioni interessanti sono due. La prima riguarda le finalità della politica antitrust: identificando gli effetti anticoncorrenziali – non provati – nell’aumento dei prezzi finali, le imprese affermano in sostanza che l’art. 101 TFUE copre esclusivamente le condotte che pregiudicano il benessere dei consumatori (e non la concorrenza in quanto tale). La seconda riguarda la distinzione fra restrizioni per oggetto e per effetto: le prime sono divieti assoluti, basati sulle (sole) caratteristiche formali di talune condotte, considerate *per se* restrittive; le seconde riguardano invece quelle condotte la cui anti-giuridicità richiede un’analisi concreta. Si diceva che i temi sono collegati e si riflettono sul piano probatorio: approccio economico e strutturale al diritto antitrust divergono infatti (anche) con riguardo alle modalità di accertamento degli illeciti. L’approccio strutturale privilegia le restrizioni per oggetto; l’approccio economico preferisce invece quelle per effetto, che favoriscono l’esercizio del giudizio di ragionevolezza volto a bilanciare effetti positivi e negativi dell’asserito illecito.

Dopo alcune “incertezze” (T-168/01, *Glaxo*), la giurisprudenza chiarisce (*rectius*, ribadisce) che l’ordinamento dell’Unione si fonda sull’approccio strutturale (recentemente T-286/09, *Intel*; già C-501/06, *Glaxo*). E non a caso, tali “incertezze” sono state inizialmente superate in un caso riguardante, appunto, uno scambio di informazioni (C-8/08, *T-Mobile*; richiamato infatti nella sentenza in commento, e altresì recepito nelle citate *Linee direttrici*, §§ 72-74). Anzi, è (anche, e forse soprattutto) per tale ragione che la sentenza in commento – così come *T-Mobile* (§§ 41-43), o ad es. il provvedimento *IAMA* dell’AGCM – qualifica lo scambio di informazioni come violazione *per se*, rendendone superflua la valutazione degli effetti economici.

Il punto è evidente nel caso in discussione: premesso che le regole antitrust non tutelano «soltanto gli interessi immediati di singoli concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato» (§ 125), la Corte osserva infatti che l’art. 101 TFUE non vieta «unicamente quelle pratiche concordate che abbiano effetti diretti sul prezzo pagato dai consumatori» (§ 123). Dalla conferma del *favor* verso l’approccio strutturale deriva che lo scambio di informazioni ha oggetto anticoncorrenziale se riduce le incertezze delle imprese circa il «funzionamento del mercato», con «conseguente restrizione della concorrenza» (§ 121). Il diritto antitrust vuole infatti che le imprese determinino autonomamente la propria condotta sul mercato (§ 119), e vieta quindi i contatti «diretti o indiretti, in grado di influenzar[n]e il comportamento» (§ 120).

Come si diceva, ciò influenza la disciplina dell’onere probatorio: la Commissione deve infatti dimostrare esclusivamente la condotta (*i.e.*, lo scambio di informazioni) ma non gli effetti sulla concorrenza: spetta alle imprese fornire la prova contraria, e cioè di non aver tenuto «conto delle informazioni scambiate con i loro concorrenti nel determinare il proprio comportamento» (§ 127).

Pubblicato il: 30/03/2015

Autore: [Luca Calzolari](#)

Categorie: [segnalazioni](#)

Tag: [approccio economico](#), [approccio strutturale](#), [concorrenza](#), [restrizione per effetto](#), [restrizione per oggetto](#), [scambio di informazioni](#)

Editore: Bruno Nascimbene, Milano

Rivista registrata presso il Tribunale di Milano, n. 278 del 9 settembre 2014

Eurojus © è un marchio registrato