

ACCORDI INTRA-GRUPPO E DIVIETO D'INTESE ANTICONCORRENZIALI

Federico M. Mucciarelli

Ricercatore di diritto commerciale Facoltà di economia Università di Bologna

federico.mucciarelli@unibo.it

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. L'esperienza nordamericana: ascesa e caduta della *intra-enterprise conspiracy doctrine*. – 3. Le intese intra-gruppo nel diritto antitrust comunitario. - 3.1. La prassi applicativa della Commissione. - 3.2. La giurisprudenza della Corte di giustizia. - 4. Conclusioni (necessariamente) provvisorie.

1. *Il problema*. – L'art. 81 del Trattato CE e l'art. 2 della legge italiana in materia antitrust¹ vietano le intese anticoncorrenziali realizzate da due o più imprese. La nozione di impresa, però, non viene definita né nel Trattato né nella legge italiana, sicché la giurisprudenza è stata chiamata a colmare questa lacuna testuale. Uno degli interrogativi pratici posti dalla nozione di impresa riguarda il trattamento delle intese, orizzontali o verticali², tra società controllate da un medesimo soggetto, o tra controllante e società controllate³.

Si pensi, a mò d'esempio, al caso in cui un'impresa detiene la totalità del capitale di alcune società e queste ultime si coordinano tra loro, segmentando i rispettivi mercati, così come farebbero se fossero divisioni di un'unica azienda. La domanda da porsi è semplice: ha senso considerare queste pratiche concordate come anticoncorrenziali?

Nel valutare questa situazione potrebbe assumere rilievo il diritto societario delle società controllate. Se, infatti, esso limita le competenze dell'assemblea dei soci, il socio di maggioranza delle società controllate potrà impartire direttive esclusivamente in via extracorporativa, direttive che potrebbero manifestarsi attraverso intese o pratiche concordate⁴. Se, al contrario, l'ordinamento consente all'assemblea di impartire disposizioni vincolanti agli amministratori, o allo statuto di ampliare le competenze

¹ L. 10 giugno 1990, n. 287.

² Non è detto che le intese tra società "figlie" siano necessariamente intese orizzontali, mentre le intese tra controllante e controllate siano necessariamente verticali, anche se questo è probabilmente il fenomeno più frequente: le società controllate parti dell'intesa potrebbero anche porsi a livelli diversi della catena distributiva (intesa verticale), così come è possibile che la controllante non sia una holding "pura" e svolga la stessa attività delle sue controllate o produca il medesimo bene (sicché l'intesa tra la prima e le seconde sarà una restrizione orizzontale).

³ I gruppo di società, soprattutto nei paesi dell'Europa continentale, viene impiegato come leva finanziaria e come strumento per attuare la separazione tra proprietà e controllo; da ultimo v. GIACOMELLI – TRENTO, *Proprietà, controllo e trasferimenti nelle imprese italiane. Cosa è cambiato nel decennio 1993-2003?*, Banca d'Italia, Temi di discussione del Servizio Studi, N. 550 - Giugno 2005.

⁴ Cfr. HUBER, *Zur kartellrechtlichen Problematik der Zusammenfassung von Konzernunternehmen unter einer einheitlichen Leitung i.S. des §18 AktG*, in 131 ZHR, 1968, p. 193 ss. e ivi p. 241.

gestionali dell'assemblea, oppure considera legittimi i c.d. "patti di dominio"⁵ il socio di controllo ha a disposizione degli strumenti legittimi endo-societari per determinare la politica di gruppo⁶.

Nelle prossime pagine si fornirà una rassegna ragionata della giurisprudenza statunitense (paragrafo secondo) e di quella comunitaria (paragrafo terzo), cercando in fine di chiarire le eventuali lacune di quest'ultima.

2. *L'esperienza statunitense: ascesa e caduta della intra-enterprise conspiracy doctrine.* – In un primo momento, la giurisprudenza statunitense ritenne irrilevante ai fini antitrust l'esistenza di rapporti di "gruppo", sicché le intese tra controllante e controllata, o tra società sottoposte a comune controllo, vennero sanzionate come cartelli anticoncorrenziali (c.d. *intra-enterprise conspiracy doctrine*). Nella sentenza *Yellow Cab*⁷, precisamente, la Corte Suprema sancì che "una restrizione irragionevole del commercio tra gli Stati potesse derivare sia da un accordo tra chi è affiliato o integrato sotto una medesima proprietà tanto quanto da intese tra chi è altrimenti indipendente. Le relazioni societarie reciproche tra le parti di un'intesa non sono, in altre parole, rilevanti per la applicabilità dello Sherman Act". Analoghe affermazioni di principio si rinvennero nelle poche altre sentenze sulle intese intra-gruppo⁸.

Le intese tra società distinte, pertanto, rientrano sempre nel cono d'ombra del divieto d'intese anticoncorrenziali. Dal punto di vista giuspolitico, la *intra-enterprise*

⁵ Sono quei contratti con cui una società si vincola a eseguire le disposizioni gestionali di altra impresa, che ne diviene controllante. La dottrina italiana ha sempre considerato nulli questi contratti, perché sarebbero in contrasto col principio per cui ogni società dovrebbe avere uno scopo sociale autonomo; parte della dottrina ritenne leciti i patti di dominio "deboli", con cui la controllata si impegna a seguire le direttive della controllante perché non arrechino un danno: cfr, per tutti, LAMANDINI, *Il "controllo". Nozione e tipo nella legislazione economica*, Milano, 1995, 170.

⁶ Sorgono, inoltre, delicati problemi riguardo all'interesse sociale delle controllate, problemi cui si può fare solo un rapido cenno. I cartelli anticoncorrenziali sono in grado di massimizzare il profitto congiunto delle società partecipanti solo a condizione che i costi marginali delle imprese siano tra loro eguali. Se, al contrario, il cartello viene realizzato tra imprese che hanno costi marginali diversi tra loro, è necessario assegnare alle imprese più efficienti una quota di produzione superiore a quella delle imprese meno efficienti, poiché altrimenti le prime non hanno interesse a stipulare l'accordo e, una volta stipulatolo, sono incentivate a violarlo. Cfr. NEILSON – WINTER, *Microeconomia*, Milano, 2002, p. 343 ss; BENTIVOGLI – TRENTO, *Economia e politica della concorrenza*, Roma, p. 241 ss. Di conseguenza, se la controllante impone alle controllate di rispettare un cartello in cui il rapporto tra quote di produzione non corrisponde ai rapporti di efficienza relativa, realizza dei trasferimenti di valore occulti tra le società del gruppo. Per comodità d'analisi, però, muoveremo dalla premessa che il diritto societario sia in grado autonomamente di prevenire spoliazioni nei confronti delle minoranze e che, pertanto, le controllate aderiscano solamente alle intese che sono per loro vantaggiose o neutre.

⁷ *United States v. Yellow Cab Co.*, 332 US (1947).

⁸ *Kiefer-Stewart Co. v. J.E. Seagram & Sons, Inc.* 340 US 211 (1951); *Timken Roller Bearing Co. v. US*, 341 US 593, 598 (1951); *Perma Life Mufflers Inc. v. International parts Corp.*, 392 US (1968); *US v. Citizens & Sons Nat. Bank*, 422 US (1974).

L'obiettivo della *intra-enterprise conspiracy doctrine*, in realtà, era di infittire le maglie dello *Sherman Act*, il cui art. 2 colpisce per abuso di posizione dominante solo condotte unilaterali; cfr. la *dissent opinion* della sentenza *Copperweld* (v. nota successiva) di Stevens, Marshall e Brennan: "La regola della *Yellow Cab* colpisce una lacuna nella disciplina antitrust, poiché colpisce accordi anticompetitivi tra società affiliate che hanno sufficiente potere di mercato per restringere la competizione su tutto il mercato ma non sufficiente potere per essere considerate monopoliste per il § 2 dello *Sherman Act*."

A favore della *intra-enterprise conspiracy doctrine* v. SOLO, *Intra-enterprise conspiracy and the theory of the firm*, in 34 *Journ. business*, 1961, p. 153 ss.

conspiracy doctrine obbliga ogni società a comportarsi autonomamente sul mercato, facendo concorrenza anche alle società appartenenti al medesimo gruppo, disincentivando così l'adozione del gruppo di società come forma per organizzare l'impresa. L'adozione della struttura di gruppo, precisamente, risulterà conveniente solo se i vantaggi derivanti dal fatto di avere isolato le "branche" dell'impresa, attribuendo loro distinta personalità giuridica, sono superiori ai costi derivanti dal fatto che tali società non possono coordinarsi tra loro.

La *intra-enterprise conspiracy doctrine* venne abbandonata nel 1984 con la sentenza *Copperweld*⁹, nella quale la *Supreme Court* statuì che l'attività coordinata della controllante e della società totalmente controllata debba essere considerata come quella di un'unica impresa ai fini del divieto di intese anticoncorrenziali. Precisamente, la Corte sostenne che il diritto antitrust dovrebbe sì proibire comportamenti coordinati ed anticompetitivi, ma anche consentire ed incoraggiare la cooperazione all'interno dell'impresa e dei gruppi¹⁰. I rapporti tra la controllata e la controllante che detiene l'intero capitale della prima, quindi, dovrebbero essere trattati alla stregua dei rapporti tra una società ed i suoi lavoratori o amministratori, o tra branche della stessa azienda, poiché controllante e controllata, pur avendo distinta personalità giuridica, avrebbero in realtà un'unità di interessi¹¹.

Restano aperti numerosi interrogativi, legati soprattutto all'entità del controllo necessario a esentare dal divieto di intese anticoncorrenziali. Nel caso *Copperweld* la controllante deteneva la totalità del capitale della controllata, sicché era facile considerare le società come un'unica impresa, ma non è chiaro cosa avrebbe deciso la Corte se la controllante avesse detenuto una partecipazione inferiore. A tale proposito la giurisprudenza successiva ha oscillato tra due tesi opposte¹².

a) *Approccio "de minimis"*. Secondo questa giurisprudenza dovrebbero essere esentati dall'applicazione del divieto di cartelli solo i casi in cui la controllante detiene la totalità, o una percentuale prossima alla totalità, del capitale della controllata. In caso contrario, il gruppo non viene considerato come una "single entity", ossia come un'unica impresa, sicché gli accordi tra le società controllate, o tra la controllante e le controllate, dovrebbero essere considerati come altrettante pratiche anticoncorrenziali¹³.

Nelle sentenze che seguono quest'orientamento giurisprudenziale, però, non è chiaro quale sia la soglia di partecipazione "quasi totalitaria", oltre la quale il gruppo viene considerato come un'impresa unica. A tale riguardo si può segnalare una sentenza della corte distrettuale dell'Oregon¹⁴, la quale, per dichiarare che un accordo intra-gruppo non violava la disciplina antitrust, non s'accontentò di verificare che la controllante detenesse una partecipazione quasi totalitaria della controllata con cui aveva stipulato l'accordo (92%), ma si chiese se la prima fosse in grado di far deliberare alla seconda decisioni organizzative straordinarie come la fusione. Ovviamente, la risposta fu positiva, vista l'entità della partecipazione, ma si potrebbe inferire che, se la partecipazione fosse stata inferiore, tanto da non consentire alla controllante di far

⁹ *Copperweld v. Independence Tube Corp.*, 467 US 752 (1984).

¹⁰ *Copperweld* (nt. 9) 769.

¹¹ *Copperweld* (nt. 9) 769.

¹² Cfr. MEYERS, *Partial ownership of subsidiaries, unity of purpose, and antitrust liability*, in 68 *U. Chi. law rev.*, 2001, p. 1401 ss.

¹³ *Satellite financial planning corp. v. First National bank of Wilmington*, 643 F Supp. 449 (Del. 1986); *Siegel Transfer inc v. Carrier Express inc.*, 856 F Supp 990 (Pennsylvania 1994); *Aspen Title & escrow inc v. Jeld-Wen inc.*, 677 F. Supp 1477 (Oregon 1987)

¹⁴ *Leaco Enterprises inc. v. General Electric Co.*, 1989 U.S. Dist. LEXIS 18162 (Oregon 1989).

deliberare una fusione alla controllata, il gruppo non sarebbe stato considerato come una “single entity”.

b) *Approccio fondato sul controllo*. Secondo quest’orientamento, sarebbe sufficiente che tra due società intercorra un rapporto di controllo, affinché le intese tra esse (o tra società sottoposte a comune controllo) non vengano considerate come cartelli anticoncorrenziali. Di quest’orientamento, in realtà, si possono individuare due varianti. Secondo la prima, sarebbe sufficiente che la controllante detenga la maggioranza dei diritti di voto, affinché ogni intesa tra essa e le controllate, o tra società controllate dalla prima, non venga considerata anticoncorrenziale¹⁵. Altre Corti, però, oltre al controllo di diritto hanno ritenuto necessario verificare empiricamente se tra le società sussista la stessa “missione” economica. In caso contrario, l’intesa tra esse non potrebbe essere sottratta al divieto di cartelli, nonostante la controllante detenga più del 50% delle azioni con diritto di voto¹⁶.

3. *Le intese intra-gruppo nel diritto antitrust comunitario.*

3.1. *La prassi applicativa della Commissione*. – Il primo caso in cui venne disapplicato il divieto d’intese anticoncorrenziali ad un’intesa intragruppo¹⁷ da parte di un organo comunitario è l’attestazione negativa concessa dalla Commissione nel caso *Christiani & Nielsen* del 1969¹⁸.

La società *Christiani & Nielsen* (di seguito C&N), con sede a l’Aja, il cui capitale era interamente detenuto da *Christiani & Nielsen as* di Copenhagen, chiese alla Commissione, ai sensi dell’art. 2 del Reg. 17/1962, un’attestazione negativa riguardo ad un accordo tra essa e la società madre, accordo col quale le società coordinavano le attività, mettevano in comune *know how* e brevetti e ripartivano i loro mercati di vendita. Nel motivare l’attestazione negativa la Commissione affermò che “l’applicabilità dell’art. 85 [ora 81] presuppone che fra le imprese in causa sussista una concorrenza che possa venire ristretta” e che questa condizione non sarebbe automaticamente soddisfatta tra due imprese che svolgono la medesima attività e nel medesimo settore dalla semplice constatazione della personalità giuridica. Secondo la Commissione sarebbe necessario stabilire “in base ad elementi di fatto se sia possibile sul piano economico un’azione autonoma”.

Nella fattispecie la società controllante aveva costituito la società figlia invece di istituire succursali prive di personalità giuridica e, di conseguenza, la ripartizione dei mercati sarebbe “soltanto una ripartizione di compiti all’interno della stessa unità economica” che non potrebbe avere né l’oggetto né l’effetto di impedire, restringere o falsare la concorrenza.

Questa motivazione ha sollevato notevoli dubbi interpretativi. La Commissione ha ignorato il dato formale della differente personalità giuridica di madre e figlia in un caso di partecipazione totalitaria, ma ciononostante la sussunzione entro le fattispecie

¹⁵ *Novatel Communication inc. v. Cellular Telephone Supply Inc.*, 1986-2 Trade Case CCH para. 67, 412 (N.D. Georgia 1986), in cui la controllante deteneva il 51% dei diritti di voto della controllata.

¹⁶ *Coast Cities truck sales inc. v. Navistar international transportation co*, 912 F Supp 747 (New Jersey 1995) (70% di azioni con voto); *Bell Atlantic Business System Services v. Hitachi Data Systems Corp.* 849 F Supp 702 (N.D. California 1994) (80% dei voti).

¹⁷ Al momento della decisione si trattava dell’art. 85 del Trattato.

¹⁸ *Christiani & Nielsen*, 18 giugno 1969, in *GUCE*, L165, 5 luglio 1969.

dell'art. 81 era oscura¹⁹: non era chiaro, in particolare, se l'intesa intra-gruppo fosse considerata come lecita poiché mancava una pluralità di imprese²⁰, oppure perché l'intesa, pur realizzata tra più imprese distinte, non era idonea a restringere la concorrenza, tra le parti o verso i terzi²¹.

Una decisione analoga venne assunta dalla Commissione nel caso Kodak del 1970²², ma con una motivazione parzialmente diversa. La società statunitense Eastman Kodak controllava al 100% numerose società aventi sede in paesi dell'Unione Europea; queste ultime avevano adottato condizioni generali di vendita uniformi nei confronti dei loro clienti, ossia una tipica restrizione verticale.

La Commissione concesse un'attestazione negativa relativamente a queste condizioni di vendita affermando che “[l]e società filiali dipendono esclusivamente e completamente dalla società madre” e che “questa esercita effettivamente il suo potere di controllo dando loro istruzioni precise”²³, aggiungendo che sarebbe “praticamente impossibile per le società filiali di comportarsi *nelle loro relazioni reciproche* in maniera indipendente”, sicché “l'identità delle condizioni di vendita delle società Kodak nel mercato comune non risulta da accordo o pratica concordata né tra madre e filiali né tra le filiali”²⁴. In sintesi, possiamo dire che l'intesa intra-gruppo è considerata legittima se alla partecipazione totalitaria s'accompagna l'esercizio effettivo della direzione del gruppo.

3.3. *La giurisprudenza delle Corti comunitarie.* – Illustriamo, ora, tre casi che rappresentano altrettante tappe nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Tribunale di prima istanza.

a) La prima sentenza significativa risale al 1971²⁵. Una società belga, la Beguélin Import Co., controllante al 100% la società di diritto francese Beguélin Import Co. France, aveva stipulato con la giapponese Oshawa un contratto di importazione esclusiva per Francia e Belgio, contratto di esclusiva che viene trasferito alla Beguélin francese in forza di un successivo accordo tra questa e la Oshawa, tacitamente approvato dalla controllante. Identico diritto d'esclusiva aveva, per il territorio della Germania federale, l'impresa Gebrüder Marbach, la quale per mezzo della G.L. Import Export Nizza, importò in Francia accendini Oshawa coperti da esclusiva; in seguito al

¹⁹ HARMS, *Die Entwicklung des Wettbewerbsrechts der Konzerne und Gemeinschaftsunternehmen in der EWG*, in *Europarecht*, 1976, p. 166.

²⁰ ASSANT, *Anti-trust intracorporate conspiracy: a comparative study of French, EEC and American laws*, 2 *ECLR*, 65 ss.; KOPPENSTEINER, *International enterprises under the antitrust law of the European Economic Community*, in *JWTL*, 1975, p. 300 (il quale sostiene che manchi un accordo tra “volontà” differenti); FRIGNANI – WAELBROECK, *European competition law*, Ardsley, 1999, p. 152.

Nella letteratura precedente alla decisione C&N si veda ULMER, *Wettbewerbsbeschränkende Absprachen im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen – Rechtsvergleichende Untersuchung zur Intra-Enterprise conspiracy doctrine*, in *WuW*, 1960, p. 163 ss.; HARMS, *Inta enterprise conspiracy? Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Auslegung der Art.85 EWGV und 65 EGKS*, in *Europarecht*, 1966, p. 230 ss.

²¹ Cfr. EMMERICH, *Die Auslegung von art. 85 abs.1 EWG-Vertrag durch die bisherige Praxis der Kommission*, in *Europarecht*, 1971, 311; SPORMANN, *Die Entwicklung des europäischen Wettbewerbsrechts*, in *AWD*, 1970; MANZINI, *Scopo di lucro e intese intragruppo nella nozione di impresa comunitaria*, in *Riv. Dir. Int.*, 1994, 815; BUNTSHECK, *Das “Konzernprivileg” im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag*, Baden-Baden, 2002, 91.

²² Decisione Commissione 30 giugno 1970, in GUCE, L 147/24 del 7 luglio 1970.

²³ P.to 12

²⁴ P.ti 12 e 13.

²⁵ *Beguélin*, C-22/71, 25 novembre 1971, *Racc.*, 1971, p. 949 ss.

ricorso delle società Beguélin presso il *Tribunal de Commerce* di Nizza, le convenute eccepirono la nullità dell'accordo di esclusiva per violazione del divieto di intese anticoncorrenziali.

La Corte considerò valido l'accordo, affermando che un contratto d'importazione esclusiva non determinerebbe una restrizione della concorrenza "se il diritto di esclusiva *de facto* viene parzialmente trasferito da una società madre ad una figlia, che detiene sì autonoma personalità giuridica, ma non possiede alcuna autonomia economica"²⁶. Restava aperta la questione se le intese-intragruppo che producono effetti esterni alle parti debbano essere considerate come anticoncorrenziali²⁷.

b) Chiarezza maggiore venne fatta dalla Corte pochi anni dopo, nel 1974, con le sentenze *Centrafarm*²⁸.

La società di diritto americano Sterling Drug Inc. deteneva brevetti farmaceutici nella CE mentre il marchio dei relativi prodotti "Negram" era posseduto in Gran Bretagna dalla sua controllata Sterling-Winthrop Group Ltd. e in Olanda dalla Winthrop B.V., controllata dalla seconda al 100%. La società olandese Centrafarm importò tali prodotti in Olanda senza il consenso della Sterling Drug, dopo averli regolarmente acquistati in Inghilterra e Germania. In tale importazione la Centrafarm traeva profitto dalla differenza del prezzo di vendita tra i due paesi d'acquisto e l'Olanda. La Sterling Drug agì, dunque, contro la Centrafarm e in appello ottenne ragione; la convenuta ricorse davanti al giudice di legittimità (*Hoge Raad*), il quale sospese il giudizio per porre alcuni quesiti interpretativi alla Corte di Giustizia comunitaria. Il giudice olandese, tra l'altro²⁹, chiese alla Corte se l'art. 81 poteva essere applicato ad intese stipulate da imprese appartenenti allo stesso "gruppo".

La Commissione e l'Avvocato Generale appoggiarono le tesi della ricorrente Centrafarm, ritenendo che le intese tra le società del gruppo Sterling drug fossero anticoncorrenziali, poiché limitavano la libertà d'azione dei terzi operatori del mercato, nonostante tra le parti dell'intesa non vi fosse una concorrenza restringibile³⁰.

La Corte rigettò il ricorso, affermando che il divieto d'intese anticoncorrenziali non riguarderebbe "accordi o pratiche concordate fra imprese appartenenti allo stesso gruppo, come società madre e affiliata, qualora esse costituiscano un'unità economica nell'ambito della quale l'affiliata non goda di effettiva autonomia nella determinazione del proprio comportamento sul mercato, e gli accordi o pratiche di cui trattasi abbiano

²⁶ *Beguélin* (nt. 28) p.to. 161.

²⁷ *Beguélin* (nt. 28) p.to 163 ss. Cfr. VAN OVEN (nt) 114.

²⁸ *Centrafarm B.V. e Adrian De Peijper v. Sterling Drug Inc.*, C-15/74, e *Centrafarm B.V. e Adrian De Peijper v. Winthrop B.V.*, C-16/74, 31 ottobre 1974, in *Racc.*, 1974, 1147 ss. e in *Riv. Dir. Ind.*, 1975, II, 354 ss. con nota di RICOLFI.

²⁹ Altra questione pregiudiziale era se la circostanza che un'impresa detenga brevetti analoghi in diversi stati membri e conceda nei vari paesi licenze di produzione e/o di vendita ad affiliate configuri un'intesa o pratica incompatibile con l'art. 81. A tale proposito la Corte statuì che: "benché l'art. [81] non influisca sull'esistenza dei diritti attribuiti dalle leggi di uno stato membro in materia di proprietà industriale, le condizioni di esercizio di tali diritti possono tuttavia ricadere sotto i divieti sanciti dal suddetto articolo" e questo "ogniquale volta l'esercizio di un tale diritto sia oggetto, mezzo o conseguenza di un'intesa".

³⁰ La Commissione affermò che "gli accordi stipulati nell'ambito di un gruppo, se assumono una rilevanza più ampia e limitano per esempio le possibilità per le imprese terze di penetrare in un dato mercato-vanno considerati vietati dall'art. 81": *Centrafarm* (nt. 31) 1159. L'Avvocato Generale, parimenti, ritenne "ammissibile applicare il divieto stabilito dall'art. [81] quando gli accordi fra le imprese del gruppo, invece di limitarsi a regolare i rapporti interni, tendessero ad introdurre restrizioni per i terzi, ostacolando nelle loro possibilità di commercio e di concorrenza": *Centrafarm* (nt. 31) 1179.

solamente lo scopo di una ripartizione dei compiti all'interno del gruppo"³¹. Pertanto, il requisito della mera ripartizione interna di compiti è una caratteristica che deve far considerare il "gruppo" come un'"unità economica", ossia un'unica impresa ai fini del diritto antitrust³².

c) Il terzo caso degno di nota (*Viho*) risale al 1995³³. La società Viho, che distribuiva articoli di cancelleria, presentò ricorso alla Commissione contro la Parker Pen Ltd, dopo aver inutilmente tentato di avviare relazioni commerciali con questa a condizioni equivalenti a quelle da essa applicate alle società figlie e ai distributori indipendenti; la Viho contestava alla convenuta di vietare ai distributori l'esportazione dei suoi prodotti, di suddividere il mercato comune e di mantenere i prezzi nazionali dei prodotti Parker artificialmente elevati.

Il Tribunale dovette pronunciarsi sul ricorso proposto dalla Viho avverso la decisione della Commissione favorevole alla società Parker. La ricorrente sostenne che fosse possibile esentare le intese intra-gruppo dal divieto di intese anticoncorrenziali solo "qualora sussistessero cumulativamente due condizioni: (...) che le imprese interessate costituiscano un'unità economica (...), che tali accordi siano diretti unicamente ad assicurare la ripartizione interna dei compiti fra le imprese", ed affermava che nella fattispecie, "il sistema attuato dalla Parker non risponderebbe ad alcuno dei due requisiti che consentirebbero di sfuggire alla sfera di applicazione dell'art. [81]"³⁴.

Il Tribunale rigettò il ricorso, senza riproporre in motivazione il requisito della mera ripartizione interna di compiti, affermando che "l'art. 81 del Trattato riguard[a] unicamente i rapporti tra unità economiche in grado di entrare in concorrenza l'una nei confronti dell'altra con esclusione perciò degli accordi e delle pratiche concordate tra imprese appartenenti ad uno stesso gruppo che costituiscano un'unità economica"³⁵. Le intese intra-gruppo, quindi, sono consentite se il gruppo è considerato come un'unica impresa, e questo avviene se la controllante esercita effettivamente un potere di direzione unitaria delle politiche del gruppo³⁶. In tale situazione sarebbe, quindi, irrilevante il fatto che l'accordo possa determinare effetti esterni, quali la compartimentazione dei mercati nazionali.

4. Sintesi e prospettive. – La Corte di giustizia e il Tribunale di prima istanza, quindi, hanno fondato l'esenzione degli accordi intra-gruppo dal divieto di cartelli sulla mancanza di una pluralità di imprese, e non sull'assenza di una restrizione della concorrenza³⁷. Per il diritto antitrust comunitario, precisamente, un gruppo di società

³¹ *Centrafarm* (nt. 31) p.ti 38-41.

³² Cfr. HARMS (nt. 23) 179; DENOZZA, *La disciplina delle intese nei gruppi*, Milano, 1984, p. 26 ss.; BUNTSHECK (nt. 24) 44.

³³ *Viho Europe BV v. Commissione delle Comunità europee*, T-102/92, in *Racc.*, 1992, II, p. 17 ss.

³⁴ *Viho* (nt. 36) p.to 32.

³⁵ *Viho*, p. to 47. Nel caso di specie la Parker deteneva il 100% del capitale delle filiali, l'attività di vendita delle filiali veniva coordinata da un'ufficio centrale della controllante, cosicché riguardo la nozione di impresa, "l'unicità della condotta sul mercato della società madre e delle proprie filiali prevale sulla separazione formale tra tali società derivante dalla loro distinta personalità giuridica"*Ibidem*, p.to 50.

³⁶ BELLAMY – CHILD, *European Community law of competition*, London, 2001, p. 72. La Corte di Giustizia confermò la sentenza del Tribunale; cfr. C-73/95, 12 gennaio 1995 e 24 ottobre 1996. Sente

³⁷ La giurisprudenza successiva, infatti, ha confermato la *ratio decidendi* delle sentenze *Centrafarm* e *Viho*. V. *Hydrotherm Gerätebau GmbH v. Compact sas di M. Andreoli & C.*, C-170/83, 12 luglio 1984, in *Racc.*, 1984, p. 2999 ss. (applicazione di un regolamento di esenzione per categoria ad accordi tra due

dev'essere considerato come un'impresa unica se la controllante detiene la totalità del capitale ed esercita effettivamente la direzione unitaria sul gruppo³⁸.

Restano, però, alcuni interrogativi aperti. Due di essi, in particolare, sono emblematici dei limiti della teorica applicata dalla giurisprudenza comunitaria.

a) In primo luogo, la soluzione di subordinare l'esenzione alla "mancanza di effettiva indipendenza" della controllata nei confronti della controllante³⁹, pur andando incontro all'esigenza pratica di non esentare tutti i gruppi di fatto, risulta inapplicabile quando la direzione unitaria viene esercitata proprio attraverso le direttive di coordinamento sottoposte al vaglio antitrust⁴⁰. Questo avverrà soprattutto se il diritto societario delle controllate restringe le competenze dell'assemblea, non consentendole di impartire direttive vincolanti agli amministratori, nel qual caso la controllante potrebbe impiegare meccanismi informali per realizzare una direzione unitaria del gruppo.

b) Non è chiaro, inoltre, come si debbano trattare i casi in cui la controllante non possiede la totalità del capitale delle controllate. Sviluppando coerentemente le argomentazioni della Corte e del Tribunale, infatti, gli accordi tra società di un gruppo in cui la controllante non detiene la totalità del capitale dovrebbero essere sottoposti al divieto di intese anticoncorrenziali, sicché le società controllate sarebbero tenute a farsi concorrenza.

Poiché l'argomentazione della Corte si fonda sulla nozione di impresa, è a questa che bisogna volgere l'attenzione. La teoria economica dell'impresa risponde al quesito

imprese) in cui si afferma che "la nozione di impresa, situata in un contesto di diritto della concorrenza, dev'essere intesa nel senso che essa si riferisce ad un'unità economica dal punto di vista dell'oggetto dell'accordo, anche se dal punto di vista giuridico quest'unità economica è costituita da più persone fisiche e giuridiche"; *Corinne Bodson v. SA Pompes funèbres des régions libérées*, c.30/87, 4 maggio 1988, Racc. 1988 p. 2479 ss.; *Ahmed Saeed Flugreisen und Silver Line Reisebüro GmbH v. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*, C- 66/86, Racc., 1989, 803 ss. (*obiter dictum*): "non è l'art. [81] che va applicato quando la concertazione di cui trattasi sia opera di imprese che appartengono allo stesso gruppo, in quanto società madre e affiliata, e tali imprese costituiscano un'unità economica nell'ambito della quale l'affiliata non gode di reale autonomia nella determinazione della propria linea d'azione sul mercato"; *Tokai et al. V. Commissione*, T-71/03, T-74/03, T-87/03, T-91/03, 15 giugno 2005, www.curia.eu.int/jurisp; *Daimler Chrysler*, T-325/01, 15 settembre 2005, www.curia.eu.int/jurisp (in cui però il Tribunale considera come appartenenti all'"unità economica" non alcune società controllate ma gli agenti di commercio legati da rapporti d'esclusiva con la società-madre).

Cfr. anche *Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commissione*, C-48/69 "Materie coloranti", in Racc., 1974, p. 619 ss.; in questa causa la Corte doveva decidere se imputare a una società controllante avente sede fuori dalla CEE pratiche concordate che violavano l'art. 81 materialmente compiute da una società controllata comunitaria; la Corte affermò, in un *obiter dictum*, che "qualora l'affiliata non goda di reale autonomia nella determinazione della propria linea di condotta, va ritenuto che i divieti sanciti dall'art. [81], par. 1 non si applicano ai rapporti tra la stessa affiliata e la società madre, che insieme formano un'unità economica." La Corte fa riferimento esclusivo alla "unità economica" e non nomina il mero scopo di ripartizione interna di compiti; in secondo luogo si adotta la medesima "nozione" per risolvere il problema diverso dell'imputazione del comportamento alla controllante.

Tra le decisioni dell'Autorità Garante per la concorrenza e il mercato cfr.: AGCM, 6 novembre 1997, n. 5446, in *GADA*, 3854 (1998) e 19 ottobre 1994, n. 2379 in *Dir. Ind.*, 1995, 764 ss.

³⁸ La Corte, peraltro, nella sentenza *Viho*, lascia aperta una via d'uscita per la difesa dei consumatori e delle imprese terze rispetto al gruppo, affermando che "un comportamento unilaterale del genere potrebbe, ove ne ricorrano i presupposti di applicazione, essere riconducibile all'art. [82] del Trattato", ossia essere perseguito come abuso di posizione dominante sul mercato.

³⁹ Di contro, quando non sussiste controllo di una sola impresa su un'altra, e la prima non esercita direzione unitaria non si tratterebbe di un'impresa unica.

⁴⁰ PARDOLESI *Commento all'art. 2*, in *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993,163; BUNTSHECK, *Der Gleichordnungskonzern – ein illegales Kartell?*, in *WuW*, 2004, 379.

sul perché e in quali condizioni le risorse economiche vengano combinate attraverso rapporti gerarchici (l'impresa), piuttosto che attraverso contratti di compravendita (il mercato)⁴¹.

Un'azienda, però, potrebbe essere smembrata tra più società⁴², per sfruttare i vantaggi delle distinte personalità giuridiche: questa scelta potrebbe essere finalizzata a ripartire i rischi tra i diversi settori o tra diversi paesi d'operatività, oppure a insediarsi in maniera più stabile e penetrante in un paese, ovvero a raccogliere capitale di rischio solo per alcune attività o branche e non per altre. Le singole società del gruppo potrebbero godere di uno spazio decisionale più o meno ampio, e persino essere indotte a farsi concorrenza tra loro, ad esempio a non ripartirsi i mercati merceologici e territoriali⁴³.

Ma tali ambiti di libertà o di competizione intra-gruppo sono altrettante maniere di esercitare il potere di controllo (ossia, si tratta pur sempre di gerarchia e non di mercato), se e sin tanto che la controllante ha il potere di fatto di mutare avviso e coordinare i comportamenti delle controllate⁴⁴. L'esercizio della direzione unitaria del gruppo, quindi, non può essere un requisito necessario per esentare le intese intra-gruppo dal divieto di cartelli, poiché altrimenti la scelta gestionale di lasciare alle controllate piena autonomia decisionale (o persino di farle competere tra loro) sarebbe irreversibile, e verrebbe incentivato l'accentramento decisionale nei gruppi.

Le ricostruzioni che fondano l'esenzione delle intese intra-gruppo sulla partecipazione totalitaria, inoltre, muovono da una concezione dell'impresa di tipo esclusivamente proprietario: sarebbe necessario individuare un unico proprietario-imprenditore, "padrone" e *dominus* effettivo dell'intero complesso, per potere considerare il gruppo come un'impresa unica ai fini antitrust. Questa concezione restringe significativamente il novero dei gruppi che vengono considerati come un'unica impresa e, in pratica, consente di utilizzare la forma "gruppo" solo se la controllante detiene la totalità del capitale; al contrario, se nel "gruppo" partecipano altri soci, anche se in posizione di minoranza, le società del gruppo dovrebbero essere tenute a farsi concorrenza tra loro.

⁴¹ Questa maniera di affrontare la teoria dell'impresa risale come noto a Coase, il cui "teorema" prevede che in assenza di costi di transazione le due maniere di allocare le risorse dovrebbero pervenire a risultati allocativi identici; v. COASE, *The nature of the firm*, in 4 *Economica* 1937, (in italiano nel volume *Impresa, mercato, diritto*, Bologna, 1995, p. 73 ss.); più di recente v., per tutti, ZINGALES, *In search of new foundations*, in *Journ. Fin.*, 2000, 1623 ss.

⁴² L'impresa manifatturiera, ad esempio, "assembla" semilavorati, prodotti al suo interno o acquistati da altri imprenditori, per ottenere il prodotto finale. Le varie divisioni che producono elementi diversi vengono messe in relazione tra loro attraverso decisioni adottate per via gerarchica. Tra le divisioni avvengono degli "scambi" di valore, nel senso che ad un certo prodotto semilavorato viene attribuito necessariamente un certo valore, cui corrisponde una certa fase di lavorazione, scambi di valore che si rifletteranno poi in maniera aggregata nel bilancio d'esercizio. Gli stessi prodotti, però, potrebbero essere assemblati attraverso il mercato, ossia attraverso relazioni di compravendita tra soggetti autonomi. Questi ultimi potrebbero essere solo formalmente "autonomi" ma essere indotti a coordinarsi da un soggetto in grado di dare loro "ordini" perché partecipa al loro capitale; cfr. SCHEFFLER, *Konzernleitung aus betriebswirtschaftlicher Sicht*, DB, 1985, 2005 ss.

⁴³ La capogruppo potrebbe ritenere preferibile indurre le proprie controllate o, più in generale, le proprie risorse umane (dipendenti, divisioni e staff di dipendenti) a competere tra di loro. La competizione intra-gruppo, però, sarà inevitabilmente diversa da quella tra società autonome: queste ultime hanno interesse a eliminare i concorrenti dal mercato, mentre le società sottoposte a comune controllo non si spingeranno mai sin a questo punto.

⁴⁴ WILS, *The undertaking as a subject of E.C. competition law and the imputation of infringement to natural or legal persons*, in 25 *E.L.Rev.*, 2000, 103.

Questa conclusione tanto drastica non è condivisibile. Poiché la ragione dell'esonazione riposa sul fatto che il gruppo viene considerato come un'unica impresa, l'intesa deve considerarsi esentata nelle stesse situazioni in cui lo sarebbe se l'azienda appartenesse a un unico soggetto giuridico. Ma se così fosse il problema non sorgerebbe nemmeno, poiché la collaborazione delle diverse branche di un'azienda non può essere considerata come un'intesa, nemmeno se la società ha soci di minoranza. La detenzione della totalità del capitale della controllata, quindi, si rivela essere un argomento inesatto⁴⁵.

Si potrebbe, di conseguenza, fondare l'esonazione delle intese intra-gruppo dal divieto di cartelli sulla sola anticoncorrenzialità, e non sulla nozione di impresa, valutando caso per caso se l'intesa rappresenti una restrizione alla concorrenza nonostante le società che vi partecipano siano controllate dal medesimo soggetto⁴⁶.

In alternativa, è possibile attribuire alla nozione di impresa un significato variabile a seconda delle circostanze empiriche e, soprattutto, delle caratteristiche del mercato; seguendo questo percorso argomentativo, si può affermare che il divieto di intese operi solo ove sussista una qualche concorrenza restringibile, anche solo rispetto ai terzi. Alla luce di queste considerazioni si possono rileggere le argomentazioni della giurisprudenza comunitaria fondate sulla "ripartizione interna di compiti"⁴⁷, sull'"effettiva direzione del gruppo"⁴⁸: il divieto di cartelli non potrebbe operare in tutti i casi in cui non vi può essere una concorrenza restringibile, a causa dell'unitarietà economica del complesso produttivo e del potere su di esso.

L'intesa tra le società del gruppo, precisamente, dovrà essere sanzionata se restringe l'autonomia decisionale delle società più di quanto già avviene sulla base dei rapporti di partecipazione⁴⁹ o contrattuali esistenti⁵⁰; se l'accordo o la pratica altro non fa che replicare lo *status quo* dei rapporti di potere tra le società, non sussiste alcuna concorrenza, nel senso di autonomia decisionale delle società, che sia realmente restringibile⁵¹.

Bologna, 18.11.2005

⁴⁵ Bisogna sottolineare, peraltro, che le sentenze più recenti attribuiscono valore al comportamento uniforme sul mercato, indipendentemente dall'esistenza di rapporti di partecipazione, e potrebbero indicare una linea di sviluppo verso un approccio differente; v. *Daimler Chrysler*, T-325/01, 15 settembre 2005, www.curia.eu.int/jurisp.

⁴⁶ Cfr. DENOZZA (nt. 35), 66, il quale fonda la nozione d'impresa ai fini del divieto di cartelli sulla funzione di elaborazione d'informazioni del mercato, nel senso che impresa sarebbe un "sistema cui affluiscono direttamente informazioni provenienti direttamente dall'ambiente (mercato), e che sia in grado di dare autonomamente un senso alle informazioni raccolte."; DONATIVI, *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Milano, 1996, 313, BUNTSHECK, *Das "Konzernprivileg"* (nt. 24) 118; implicitamente, NOTARI, *La nozione di "controllo" nella disciplina antitrust*, Milano, 1996, 98.

⁴⁷ *Centrafarm* (nt. 31) p.to 41.

⁴⁸ *Centrafarm* (nt. 31) p.to 41; *Ahmed Sahed* (nt. 40); *Viho* (nt. 36) p.to 50.

⁴⁹ Non si tratta di verificare se l'interesse sociale di controllata e controllante coincidono in concreto a causa della partecipazione dell'una nell'altra, ma se la controllata goda, tanto giuridicamente quanto economicamente di autonomia decisionale.

⁵⁰ Altra questione si pone prima del venire ad esistenza del rapporto di controllo o di potere, ma in tale momento si dovrà, semmai, applicare il Regolamento sulle concentrazioni (Regolamento n. 139/2004 del Consiglio, 20 gennaio 2004). Nel senso che la nozione di impresa dell'art. 81, comma 1 del Trattato e del Regolamento concentrazioni debbano coincidere WILS (nt. 47) 106; in senso contrario DENOZZA (nt. 35) 75.

⁵¹ BUNTSHECK, *Das "Konzernprivileg"* (nt. 24) 119.