

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 21/11/2014

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/36683-antitrust-e-reti-di-imprese>

Autore: Munarini Elena

Antitrust e reti di imprese

ANTITRUST E RETI DI IMPRESE

Il contratto di rete si caratterizza precipuamente per la flessibilità dell'utilizzo dello strumento giuridico che può essere impiegato da imprenditori svolgenti attività specifiche tra loro diverse ed in zone differenti del territorio nazionale, oltre ad essere sottoscritto da imprenditori stranieri.

Tale ultima circostanza implica la configurazione dell'indicata forma di aggregazione di imprese quale internazionale, coinvolgendo soggetti appartenenti a diverse nazionalità.

In queste ipotesi, infatti, sussiste, dal punto di vista soggettivo, l'elemento della transnazionalità, presentando tali rapporti elementi di estraneità rispetto al nostro ordinamento giuridico.

Sul punto, si significa come l'art. 4 ter del D.L. n. 5 del 10 febbraio 2009, così come modificato dalla legge di conversione n. 33 del 29 aprile 2009, definisca il contratto di rete come quel rapporto giuridico attraverso il quale due o più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere individualmente e collettivamente la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato.

L'inciso "più imprenditori" letteralmente interpretato non presenta alcuna specificazione, lasciando, quindi, aperta la possibilità che il contratto di rete sia sottoscritto anche da imprenditori aventi diversa nazionalità fra loro, attribuendogli così una connotazione internazionalistica.

Del resto, alcuna indicazione di segno contrario si può desumere dalla disciplina complessivamente intesa, sicché, in ossequio al generale principio per cui "ubi lex dixit voluit", tale strumento giuridico risulta suscettibile anche di questo tipo di utilizzo.

Tanto premesso, va rilevato che le altre imprese (straniere) possono partecipare al contratto di rete solo mediante stabili organizzazioni in Italia, il che si rende necessario per l'espletamento delle formalità prescritte con riferimento all'iscrizione nel registro delle imprese (DI DIEGO-MICOZZI). Lo scopo del contratto di rete è, quindi, l'accrescimento della competitività che può avvenire vuoi sul territorio nazionale, vuoi nel più ampio ambito internazionale.

Questa maggiore forza contrattuale e perfezionamento della propria capacità innovativa si ottiene, dunque, anche attraverso forme di aggregazione di imprese (i contratti di rete) diverse rispetto a quelle preesistenti e con un ampio margine di elasticità ed adattabilità a diversi contesti.

Ora, tale alleanza tra imprese, pur posta in essere per uno scopo tendenzialmente molto valido, ovverosia l'accrescimento della capacità produttiva e innovativa delle stesse attraverso lo scambio di informazioni e dati utili, attività e prestazioni, ha fatto sorgere il dubbio di un eventuale contrasto con quanto disposto dall'art. 101 TFUE che vieta gli accordi tra imprese, le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate che possano in qualsiasi modo e forma pregiudicare gli scambi e il commercio tra gli Stati membri dell'U.E. o che abbiano, comunque, per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della libera concorrenza tra gli stessi.

Tali intese sono vietate in quanto costituiscono una minaccia per il mercato unico che garantisce la libera circolazione di merci, servizi, persone e capitali.

L'accordo tra le imprese nel tenere determinati comportamenti sul mercato, purché questi ultimi abbiano l'effetto di falsare o restringere il gioco della concorrenza, rientra tra le intese vietate dalla legislazione europea.

Attraverso le reti, quindi, le imprese attuano fra loro una forma di collaborazione, possono scambiarsi informazioni, ovvero esercitare in comune una o più attività, purché rientranti nei rispettivi oggetti sociali.

Tuttavia, non è l'oggetto, che si presenta come assolutamente vario, attesa l'ampiezza e flessibilità della norma, ma lo scopo che esse intendono perseguire, quindi, la causa, intesa non in astratto, bensì come funzione economico- individuale del negozio, come intento pratico effettivamente perseguito dalle parti al di là della veste giuridica utilizzata (cfr., sul punto, Corte di Cassazione, sez. III, sent. n. 10498 dell'8 maggio 2006) che permette di comprendere se effettivamente dietro la rete di imprese possa celarsi uno scopo anticoncorrenziale.

Come chiarito dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con nota del 16 maggio 2011, non sussiste una presunzione di rispetto della normativa antitrust da parte delle reti di imprese, desumibile in via generale ed argomentabile esclusivamente dal requisito dimensionale delle aziende (cfr. AGCM, 16 maggio 2011, provv. n. 22362).

In altri termini, non si può fondatamente sostenere che le reti di imprese non si pongano mai in violazione dell'art. 101 TFUE solo per la circostanza per cui sovente si tratta di piccole e medie imprese, non in grado di esercitare particolari influenze sul mercato e quindi "innocue".

Pertanto, in astratto, non è dato fornire una risposta univoca al quesito se tali forme di aggregazioni di imprese, in realtà, mirino alla realizzazione di intese anticoncorrenziali e vengano utilizzate come strumento giuridico di per sé lecito, ma per il perseguimento di finalità non consentite dall'ordinamento giuridico, e, soprattutto, di elusione del divieto di cui all'art. 101 TFUE.

In linea di massima, si può evidenziare che sono presenti i requisiti delle cc.dd. intese vietate, ovverosia, il coinvolgimento di due o più imprese e il coordinamento delle rispettive attività e comportamenti ai fini commerciali.

In primo luogo, è richiesta la presenza di più imprese indipendenti economicamente.

Infatti, non si porrebbe e non si pone il problema di contrasto con quanto disposto dall'art. 101 TFUE nell'ipotesi in cui le aziende siano legate fra loro da un rapporto di controllo, come nel caso della società controllante nei confronti delle proprie controllate, difettando, in tal caso, il requisito dell'autonomia.

In secondo luogo, è preteso, affinché si possa applicare il prescritto divieto, che vi sia la volontà di produzione dell'effetto anticoncorrenziale, la finalizzazione del comportamento a tale scopo e la sussistenza di una concertazione tra imprese che può assumere, invero, diverse forme, vale a dire: accordo, decisione di associazione di imprese o pratiche concordate.

Preme all'uopo evidenziare come per accordo, si intenda l'intenzione manifestata dalle imprese di porre in essere determinati comportamenti restrittivi, previamente concordati, relativamente ai quali possa dirsi raggiunto e formalizzato un incontro di volontà; per decisioni, quelle vincolanti, oltre alle raccomandazioni non vincolanti volte a concordare determinati comportamenti da tenere sul mercato; infine, le pratiche sono condotte definite e poste in essere specularmente dalle aziende, senza che si giunga, però, alla stipula di un vero e proprio accordo.

Ora, al fine di verificare se più imprese abbiano spontaneamente tenuto una serie di comportamenti paralleli, ma senza stipulare intese, ovvero queste ultime sussistano, occorrerà in concreto verificare la presenza o meno di alcuni indizi, atteso che la conformità dei comportamenti di per sé sola, non significa aver posto in essere una forma di concertazione vietata.

Elementi utili a tal fine, saranno, dunque, il contatto diretto tra le imprese, lo scambio di informazioni effettuato con una certa frequenza, incontri e riunioni fissati dalle stesse con periodicità, quantomeno con riferimento ad un determinato periodo di tempo.

Tutti questi comportamenti, beninteso, risultano vietati ex art. 101 TFUE, solo se abbiano per effetto quello di pregiudicare il commercio fra gli Stati membri dell'U.E. o che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune.

Pertanto, l'inciso utilizzato dal legislatore "possono pregiudicare" va inteso come riferito ad un pregiudizio anche meramente potenziale.

In altri termini, non si richiede, ai fini dell'applicabilità del divieto, che le intese abbiano avuto immediati e concreti effetti sul mercato, perché se ne valuta invece, la potenziale pericolosità.

Ciò detto, si auspica, comunque, che le imprese che pongano in essere una rete individuino con chiarezza l'oggetto della reciproca cooperazione.

È vero, però, che ciò che risulta determinante è, appunto, la valutazione dell'intento pratico avuto di mira dalle parti.

Rebus sic stantibus, si impone come necessaria la verifica di quale sia lo scopo in concreto perseguito.

Se vengono poste in essere delle intese ed accordi per determinare la spartizione del mercato, stabilire certe politiche di prezzi, condotte escludenti, comportamenti che favoriscano alcuni soggetti in danno di altri, ciò significa che la veste giuridica utilizzata in realtà mirava ad un fine diverso rispetto a quello voluto dal legislatore del 2009.

Se, invece, analizzando la condotta, le caratteristiche del mercato ed ogni altro elemento utile in un'ottica omnicomprensiva, emerge che le imprese siano ricorse al fenomeno della rete, dotato peraltro, di ampia diffusione pratica, allo scopo di stimolare l'innovazione in determinati settori, garantire un progresso e miglioramento delle rispettive attività, che, a sua volta, si ripercuote positivamente sul mercato interno, alimentando e favorendo il libero gioco della concorrenza, nonché sotto il profilo dell'efficienza economica, con finalità, come evidenziato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato "pro- concorrenziali" e "pro- competitive", non risulta in alcun modo violato il disposto dell'art. 101 TFUE.

Infatti, non ogni intesa è automaticamente vietata, ma solo quella che abbia lo scopo di falsare o minacci di falsare la concorrenza sul mercato, alterando gli scambi tra Stati membri.

Le reti di imprese costituiscono, in ultima analisi, uno strumento predisposto dal legislatore per consentire alle imprese che intendano aderirvi di "unire le forze" al fine di superare un momento di crisi o congiuntura economica negativa, senza, quindi, che vengano alterate le normali logiche di mercato.

Tali forme di cooperazione, tuttavia, non possono mai derogare a quanto previsto in materia anticoncorrenziale, ovverosia per la tutela della libera concorrenza ai fini dello sviluppo, crescita ed efficienza del mercato comune.

Infatti, uno dei principali obiettivi dell'Unione Europea è proprio quello di garantire la libera economia di mercato e la competizione fra imprese (e Stati) ad armi pari, anche al fine di predisporre un sistema di tutela non solo delle aziende, ma altresì, dei consumatori, risultato che si ottiene mantenendo nel mercato un regime di concorrenza sana ed efficace, nel rispetto di quanto previsto dall'art 3 par. 1 TFUE che specifica come l'Unione si occupi della definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno, letto in combinato disposto con il dettato normativo di cui al Prot. n. 27 sul mercato interno e la concorrenza, il quale precisa che l'U.E. si premura di garantire la sussistenza di un sistema in cui non sia falsata la libera concorrenza sul mercato.

Peraltro, anche l'art.101 TFUE al comma 3, prevede espressamente un'eccezione, ovverosia che siano comunque ammesse le intese che creino incrementi di efficienza, diano una congrua parte degli utili agli utilizzatori, non eliminino la concorrenza, si rivelino indispensabili, a titolo meramente esemplificativo in un settore in cui altrimenti non si sarebbe in grado di raggiungere un accettabile livello di innovazione, migliorino la capacità tecnologica in determinate attività, purché non impongano comportamenti che vadano oltre rispetto allo scopo da perseguire.

Queste pratiche sono, comunque, ammesse in quanto hanno come ultimo effetto quello di contribuire allo sviluppo della concorrenza e, quindi, del mercato.

La concorrenza, infatti, garantisce, da un lato, tendenzialmente, un certo benessere ai consumatori, nonché dall'altro, permette lo sviluppo tecnologico altrettanto importante per la crescita del mercato interno e che ridonda anche a vantaggio dell'utente finale.

L'eccezione in esame è, quindi, prevista perché la finalità risulta pro- competitiva e pro- concorrenziale.

Peraltro, va evidenziato come dietro al fenomeno testé analizzato, si possa anche celare un abuso di posizione dominante sul mercato parimenti vietato dall'art. 102 TFUE, riuscendo in tal modo le imprese a sfuggire e a sottrarsi al regime di concorrenza effettiva, potendo influire su una porzione determinante del mercato.

Alle imprese è, pertanto, consentito ricorrere allo strumento delle reti, giacché, alla luce di quanto illustrato dall' AGCM, in assoluto, non si può sostenerne l'incompatibilità della relativa disciplina con la normativa anticoncorrenziale, cionondimeno, si impone l'effettuazione di un'accurata verifica e analisi, caso per caso e concretamente, onde indagare se dietro tale forma, si celi eventualmente, una pratica anticoncorrenziale e solo allora risulterà la contrarietà con il disposto di cui all'art. 101 TFUE.

Tanto evidenziato con riferimento alle condotte tenute dalle imprese sul mercato, va rilevato che risulta di dirimente importanza anche la valutazione del comportamento dello Stato al fine di verificare se siano stati concessi benefici, in questo caso, dalla legge, benefici che, essendo qualificabili come aiuti di stato ex artt. 107- 109 TFUE, rientrino nell'ambito delle misure vietate e, quindi, si pongano in termini di incompatibilità con il mercato interno

Infatti, la L. 122/2012 si occupa, fra l'altro (art. 42), delle agevolazioni alle reti di imprese, con riferimento alla sospensione dell'imposta sugli utili di servizio accantonati in apposita riserva per la realizzazione di investimenti previsti dal programma comune.

Al riguardo, la circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 20 /E precisa che tali utili devono essere vincolati alla realizzazione, entro l'esercizio successivo, degli investimenti previsti dal programma di rete comune, previamente autorizzato.

Orbene, l'art. 107 TFUE prescrive l'incompatibilità, salvo alcune deroghe, degli aiuti concessi dallo Stato o mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma, con il mercato interno, nella misura in cui gli stessi incidano sugli scambi tra Stati membri, o che abbiano per effetto di favorire alcune imprese o talune produzioni, falsando o minacciando di falsare la concorrenza.

Per "aiuti di stato" si intendono le misure che, in qualsiasi modo, comportino un beneficio per le imprese, direttamente o indirettamente e, quindi, anche tramite sgravi fiscali, oltre che sovvenzioni, che siano imputabili allo Stato o ad un ente pubblico, alla P.A., o ancora, ad un ente controllato dallo Stato, effettuati con risorse del predetto o che gravino sullo stesso.

Infine, è preteso che questi apporti non corrispondano a quelli effettuabili da privati in normali condizioni di economia di mercato.

Tali aiuti devono essere effettuati alle imprese che esercitano attività economicamente rilevanti nel mercato dei beni e dei servizi.

Organo chiamato ad effettuare il controllo circa la compatibilità è la Commissione che, ferme restando le osservazioni presentate dagli Stati membri, per garantire il contraddittorio, rilevata l'incompatibilità dell'aiuto in questione, fissa un termine (perentorio) per la modifica o, se del caso, la soppressione degli stessi.

In caso di mancata ottemperanza da parte dello Stato membro, la Commissione è legittimata ad adire la Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Si era, perciò, posto al riguardo, il problema se le misure indicate dal citato art 42 della L. 122/2012 fossero qualificabili come aiuti di stato incompatibili con il mercato, rientrando nel divieto di cui all'art. 107 par. 1 del TFUE o meno.

Con decisione C (2010) 8939 del 26.01.2011, la Commissione ha all'uopo chiarito che tale agevolazione non costituisce misura selettiva, presentando, per contro, carattere di generalità con riferimento alle piccole, medie e grandi imprese, potendo essere applicata, quindi, a tutte le aziende della rete con riferimento alle varie tipologie dimensionali, senza distinzioni territoriali.

Tuttavia, pur avendo sottolineato che non sussiste, in tal stregua, incompatibilità con il mercato comune, la decisione che nega la natura di aiuto di stato a tali agevolazioni, non pregiudica l'applicazione dell'art. 101 TFUE.

Del resto, il fatto che il legislatore favorisca in vari modi il ricorso a tali forme di accordo, o se si preferisce, di cooperazione orizzontale tra imprese, non implica ipso facto che la succitata forma di aggregazione (costituita dalle reti di impresa) sia sempre e comunque ammissibile.

Elena Munarini