

ID number è 51725251793-16.

*Proposta di revisione delle norme applicabili agli accordi di  
cooperazione orizzontale  
Osservazioni dell'Associazione Bancaria Italiana*

**ID number è 51725251793-16.**

***Proposta di revisione delle norme applicabili agli accordi di cooperazione orizzontale  
Osservazioni dell'Associazione Bancaria Italiana***

**1.** Con il presente documento l'Associazione Bancaria Italiana sottopone alla Commissione Europea le proprie considerazioni in merito a taluni aspetti della complessa disciplina antitrust concernente la valutazione degli accordi di cooperazione orizzontale, attualmente in fase di revisione.

Sotto un profilo generale, si condivide la scelta di rivedere – unitamente ai regolamenti di esenzione per categoria<sup>1</sup> – le “linee direttrici sulla cooperazione orizzontale”. Se per quest’ultimo documento la revisione non costituiva una strada obbligata, posto che per esso non è fissato un termine di scadenza (a differenza dei citati regolamenti), appare particolarmente apprezzabile la scelta di rivedere nel loro complesso le norme applicabili agli accordi di cooperazione orizzontale, onde aiutare le imprese a valutare con maggiore certezza se un accordo limiti o meno la concorrenza e, in caso affermativo, se possa o meno beneficiare dell’esenzione.

Le osservazioni che seguono si riferiscono al “progetto” di linee direttrici.

**2.** Le attuali linee direttrici risalgono al 2001: esse pertanto sono antecedenti alla complessa riforma di “modernizzazione” del diritto antitrust che – nell’abolire il sistema delle notificazioni delle intese – ha posto in capo alle imprese l’onere di procedere alla autovalutazione degli accordi che intendono concludere.

Nella logica di offrire all’attività valutativa condotta dalle imprese un ulteriore supporto, il progetto di linee direttrici – oltre a fornire, come oggi, i criteri generali di valutazione seguiti dalla Commissione per valutare la compatibilità con l’art. 101 degli accordi di cooperazione tra concorrenti attuali o potenziali – introduce uno specifico capitolo, il II, volto a stabilire principi generali per la valutazione dello scambio di informazioni tra imprese.

Si tratta di una scelta innovativa, considerato che le linee direttrici del 2001 si erano limitate ad evidenziare la tematica rimandando ad un successivo approfondimento la trattazione della medesima; sicché, gli unici parametri di riferimento in materia erano rappresentati da una risalente Comunicazione della Commissione del 1968<sup>2</sup> e dalle indicazioni fornite nella Relazione annuale sulla concorrenza<sup>3</sup> della Commissione, oltreché evidentemente dalla giurisprudenza del Tribunale e della Corte di Giustizia.

La scelta della Commissione di ritornare in argomento “codificando” il pregresso e fornendo indicazioni a tutto tondo in materia è particolarmente apprezzata dagli operatori, che possono avere maggiormente chiari, “in anticipo”, quali siano le possibilità e i limiti dello scambio di informazioni tra imprese, al fine di non incorrere in violazioni della normativa antitrust.

**3.** La giurisprudenza e la dottrina sul tema dello scambio di informazioni ritengono che la circolazione di dati all’interno di un mercato – in linea di principio – costituisce un’intesa propulsiva della concorrenza, ovvero un’intesa a valenza concorrenziale neutra, in quanto favorisce una maggiore

---

<sup>1</sup> Relativi, rispettivamente, agli accordi in materia di ricerca e sviluppo, nonché di specializzazione

<sup>2</sup> Comunicazione relativa agli accordi, decisioni e pratiche concordate concernenti la cooperazione tra imprese, in G.U.C.E. n. C75 del 29 luglio 1968.

<sup>3</sup> Cfr. in particolare la Settima Relazione del 1978, cap. I, par. 2.

**ID number è 51725251793-16.**

conoscenza delle dinamiche e delle caratteristiche del mercato, consentendo al contempo l'adozione di comportamenti efficienti da parte degli operatori, a beneficio del benessere collettivo<sup>4</sup>.

Ciò risulta tanto più vero quanto più le informazioni commerciali di cui ciascuna impresa venga a disporre rappresentino una risorsa funzionale allo svolgimento razionale di un'attività economica, alla condivisione di opinioni e di esperienze, allo svolgimento di ricerche di mercato in comune, alla realizzazione di analisi comparative aziendali e settoriali, o infine alla elaborazione congiunta di statistiche e di schemi di calcolo.

E' solo in casi eccezionali dunque – ed in particolare nei casi dove il circuito informativo abbia una potenziale incidenza sul gioco del mercato - che l'accordo sullo scambio di informazioni può rilevare in una prospettiva antitrust, ad esempio configurando quella preliminare corrispondenza di intenzioni necessaria a porre in essere o ad aderire ad un compiuto programma collusivo, ovvero un elemento che, insieme ad altri, dà vita ad una fattispecie cooperativa complessa, ovvero ancora integrando un'intesa di autonomo rilievo concorrenziale.

Solo in quest'ultima ipotesi, lo scambio di informazioni può configurare un illecito “per se” (e quindi una restrizione per oggetto ai sensi dell'art. 101, par. 1 del Trattato): a condizione, tuttavia, che detto scambio sia diretto ad eliminare ogni residua incertezza circa le condotte future dei concorrenti e, quindi, in ultima analisi, a sopprimere ogni residuale ambito di rivalità.

E' entro questi limiti che vanno lette le affermazioni della Commissione in ordine agli scambi di informazioni come restrizioni per oggetto (cfr. par. 67 e 68) restando ferma la regola che gli scambi di informazioni – in via generale – vanno analizzati caso per caso sulla base della ricorrenza di diversi indici sintomatici della valenza anticoncorrenziale della fattispecie individuati dalla giurisprudenza: e cioè:

- l'elevato grado di concentrazione del mercato e l'esistenza di barriere significative all'ingresso
- la natura riservata delle informazioni condivise
- l'attualità e il grado di dettaglio, in termini di prodotto e di segmentazione geografica delle informazioni messe a fattor comune
- la frequenza degli incontri dei partecipanti al sistema.

4. Pertanto, al fine di valutare la valenza dello scambio di informazioni è necessario – tra l'altro – verificarne le caratteristiche: su tale argomento, cui è dedicata una specifica sezione del cap. II delle linee direttrici, pare opportuno segnalare quanto segue.

4.1 La Commissione, individua come “informazioni sensibili a livello commerciale” le informazioni utili sotto il profilo strategico: esse – prosegue la Commissione in via esemplificativa – possono essere connesse ai prezzi, elenchi di clienti, costi di produzione, quantità, fatturati, vendite, investimenti, tecnologie, ecc.. A tale nozione, volutamente molto ampia proprio per meglio circoscrivere l'alveo dei dati che possono rilevare in punto antitrust, si accompagna l'affermazione per cui “è più probabile che lo scambio tra concorrenti di informazioni ‘sensibili’ a livello commerciale (...) rientri nel campo di applicazione dell'art. 101 rispetto agli scambi di informazioni di altro tipo” (cfr. par. 81, prima parte).

---

<sup>4</sup> Sul punto si veda ex multis: C.D. Ehlermann, *Information Exchange under EC competition law*, Paper presentato al convegno “Informazione e trasparenza tra efficienza dei mercati e regole antitrust”, svoltosi presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma il 25 maggio 2004; V. Falce, *Profili antitrust dei sistemi informativi. Sulla divergenza della prassi nazionale rispetto ai principi comunitari*, in *Dir. Comm. internaz.*, 2006, 119 e ss.; S. Grassani, *Scambio di informazioni pubbliche: brevi note sui limiti dell'enforcement antitrust*, in *Dir. ed Economia dell'assicurazione*, 2008, 99 e ss..

**ID number è 51725251793-16.**

Non si comprende la portata di tale affermazione considerato che - laddove il dato oggetto del circuito informativo non sia un dato commerciale/strategico (e quindi “sensibile”) - resta immediatamente esclusa la sua rilevanza sotto il profilo antitrust. In sostanza è proprio la natura sensibile o meno del dato a segnare la linea di confine tra scambi di informazioni rilevanti dal punto di vista antitrust e scambi neutri; e ciò senza che residuino spazi per effettuare valutazioni di “probabilità” sul fatto che il dato sia effettivamente non rilevante ai sensi dell’art. 101 del Trattato.

*Pare pertanto opportuno rivedere la menzionata affermazione in quanto essa rischia di ingenerare confusione negli operatori laddove pongano in essere sistemi informativi che – proprio in ragione della natura “non commerciale e non strategica” del dato – vengano dai medesimi utilizzati facendo affidamento sulle indicazioni di generale liceità emergenti dalla giurisprudenza.*

4.2 Analoghe perplessità suscita il documento laddove si propone di fare chiarezza in ordine alla nozione di dati pubblici e, corrispondentemente, non pubblici.

Anche in questo caso la Commissione si esprime in termini probabilistici per cui “è *improbabile* che gli scambi di informazioni effettivamente pubbliche costituiscano una violazione dell’art. 101”: diversamente, la giurisprudenza del Tribunale (pur citata nel documento in consultazione) sembra volta a precisare in modo più netto la questione, escludendo *tout court* la rilevanza in punto antitrust dei dati (strategici) laddove si tratti di dati pubblici<sup>5</sup>.

*Si propone quindi che le nuove linee direttrici, nel fare proprie le indicazioni rivenienti dalla giurisprudenza comunitaria, chiariscano in maniera netta che lo scambio di dati pubblici non rileva ai sensi dell’art. 101 del Trattato.*

4.3 Una volta chiarito che la natura pubblica del dato vale ad escluderne la rilevanza ai sensi della normativa sulla concorrenza, resta da verificare a quali condizioni un dato possa ritenersi “pubblico”.

Sul punto le linee direttrici propongono una distinzione tra informazioni “effettivamente pubbliche” che sono informazioni “facilmente (ossia gratuitamente) accessibili per tutti” e dati “di dominio pubblico” che peraltro non sono effettivamente pubblici in quanto “i costi necessari per raccogliarli scoraggiano in misura sufficiente altre imprese ed altri acquirenti dall’agire in tal senso” (cfr. par. 82). A supporto di tale affermazione si richiama la giurisprudenza del Tribunale che condurrebbe alla conclusione che “la possibilità di raccogliere le informazioni sul mercato, ad esempio ottenendole dai clienti, non significa necessariamente che tali informazioni siano dati di mercato facilmente accessibili ai concorrenti”.

Occorre peraltro evidenziare che la menzionata decisione del Tribunale<sup>6</sup> – concernente uno scambio di informazioni sul prezzo tra produttori di zucchero – non sembra diretta ad introdurre una distinzione

---

<sup>5</sup> Cfr. sul punto Trib., 30 settembre 2003, cause T-191/98 e da T-212/98 a T-214/98, Atlantic Container Line AB ed altre c. Commissione, in Racc. 2003, II, 3275: il Tribunale evidenzia che lo scambio di informazioni realizzato tra le parti “rappresenta uno scambio di informazioni pubbliche” e che “un tale scambio di informazioni non è idoneo a violare le regole di concorrenza del Trattato” (cfr. punto 1154). In tal senso si richiama pure la sentenza del Tribunale 27 ottobre 1994, causa T-35/92, Deere/Commissione, in Racc. II, 957, punto 81, confermata dalla sentenza della Corte 28 maggio 1998, causa C-7/95 P, Deere/Commissione, in Racc. , I, 3111, punti 89-90.

Simile il senso della decisione resa dalla Corte di Giustizia in Asnef/Equifax (sentenza del 23 novembre 2006, causa C-238/05) in relazione alla legittimità, ai sensi dell’art. 101, di una banca dati sui rischi di insolvenza nel settore creditizio. La Corte, nel ripercorrere la giurisprudenza comunitaria sullo scambio di informazioni alla luce del menzionato caso Deere, sembra distinguere tra lecito e illecito, a seconda che si tratti di dati aggregati o disaggregati; storici o attuali; e, appunto, pubblici o confidenziali (cfr. punto 54).

<sup>6</sup> Trib. , 12 luglio 2001, cause riunite T-202/98, T-204/98 e T-207/98, Tate & Lyle c. Commissione, in Racc. 2001, II, 2035, punti 59-60.

**ID number è 51725251793-16.**

tra dati effettivamente e non effettivamente pubblici (quelli oggetto della discussione tra i produttori) quanto piuttosto a chiarire che non può considerarsi pubblico *tout court* il dato discusso in riunione per il solo fatto di essere stato oggetto di informativa preliminare, individuale e regolare ai clienti del singolo produttore.

Il Tribunale quindi si limita a dichiarare che il dato di prezzo in questione non è pubblico ma non introduce la suddivisione prospettata nel documento in consultazione le cui linee di confine appaiono assolutamente incerte.

Invero, della tematica in discorso si è interessata qualche anno fa anche l'Autorità antitrust nazionale (AGCM).

Nel 2004, infatti, l'AGCM assumeva il provvedimento finale nel procedimento RAS-Generali/IAMA Consulting<sup>7</sup>: oggetto di valutazione era la compatibilità antitrust di una banca dati, Aequos, contenente informazioni su alcune tipologie di prodotti assicurativi del ramo vita commercializzati sul mercato italiano. L'Autorità ne contestava la liceità “per se” configurando un'ipotesi di scambio di informazioni contrario per oggetto all'art. 2 della legge antitrust nazionale (legge n. 287/1990): e ciò, nonostante il database fosse realizzato e venduto da un'impresa indipendente dalle singole compagnie e, soprattutto, contenesse dati pubblici.

In relazione alla questione che qui interessa occorre evidenziare che - secondo l'AGCM - la circostanza che il database contenesse informazioni pubbliche non costituiva una generalizzata scriminante antitrust<sup>8</sup>.

Al riguardo, la decisione introduceva una distinzione tra informazioni meramente “pubbliche” che rilevarebbero in punto antitrust e informazioni di “pubblico dominio” irrilevanti ai sensi del 101 del trattato.

Si tratta peraltro di impostazione che è stata cassata in appello<sup>9</sup> dal Tribunale amministrativo che ha negato sia la possibilità di una illegittimità “per se” dello scambio di informazioni sia la fondatezza della distinzione tra dati pubblici e di pubblico dominio per cui “nei dati pubblici (benché non anche di pubblico dominio) non è ravvisabile alcuna particolare incertezza, opacità o zona d'ombra che possa favorire comportamenti lesivi della concorrenza”. In questa logica, il Tribunale ha altresì ricondotto i costi maggiori o minori per ottenere le informazioni “a scelte di razionalità economica orientate al contenimento [degli stessi]”, così che “non può essere una mera propensione al contenimento dei costi e dell'efficienza, in sé del tutto fisiologica e positiva, a segnare il discrimine tra liceità ed illiceità antitrust”.

*Alla luce delle osservazioni sopra riportate, si propone di rivedere il menzionato paragrafo delle linee direttrici in modo da fornire univoche indicazioni in merito alla distinzione tra dati pubblici e dati privati: ciò consentirebbe di eliminare situazioni di pericolosa incertezza giuridica rivenienti da una distinzione dai confini indefiniti, che non pare utile ad incoraggiare l'adozione di comportamenti efficienti da parte degli operatori sul mercato, a beneficio del benessere collettivo.*

<sup>7</sup> Prov. 30 settembre 2004, in *Boll. AGCM* n. 40/2004.

<sup>8</sup> In particolare, l'AGCM – ribaltando gli orientamenti comunitari sopra menzionati che non soltanto sanciscono la sostanziale neutralità degli scambi di dati pubblici ma confinano ad ipotesi del tutto limitate una illegittimità “per se” dello scambio – afferma che “prima facie, lo scambio di informazioni sensibili tra concorrenti, ancorché dette informazioni siano altrimenti conoscibili, costituisce un comportamento facilitante la collusione tra imprese” (cfr. punto 158).

<sup>9</sup> T.A.R. Lazio, sez. I, 8 agosto 2005, n. 6088.

**ID number è 51725251793-16.**

TB