

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE**Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato**

(2004/C 101/08)

(Testo rilevante ai fini del SEE)

1. INTRODUZIONE

1. L'articolo 81, paragrafo 3, del trattato prevede una deroga di cui le imprese possono avvalersi, evitando di trovarsi in violazione dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato. Gli accordi, le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate ⁽¹⁾ di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 sono validi e applicabili senza che occorra una previa decisione in tal senso.
2. L'articolo 81, paragrafo 3, può applicarsi a casi individuali o, mediante un regolamento di esenzione per categoria, a categorie di accordi e di pratiche concordate. Il regolamento n. 1/2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato ⁽²⁾ non pregiudica la validità e la natura giuridica dei regolamenti di esenzione per categoria. Tutti i regolamenti di esenzione per categoria vigenti restano in vigore e gli accordi che rientrano nel campo di applicazione di tali regolamenti sono giuridicamente validi ed applicabili anche se restrittivi della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1 ⁽³⁾. Tali accordi possono essere vietati solo per quanto riguarda il futuro e soltanto su richiesta formale di revoca del regolamento di esenzione per categoria da parte della Commissione o dell'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro ⁽⁴⁾. Gli accordi che beneficiano dell'esenzione per categoria non possono essere dichiarati nulli dai giudici nazionali nel quadro di controversie private.
3. Le vigenti linee direttrici sulle restrizioni verticali, sugli accordi di cooperazione orizzontale e sugli accordi di trasferimento di tecnologia ⁽⁵⁾ illustrano l'applicazione dell'articolo 81 a vari tipi di accordi e di pratiche concordate. Obiettivo di tali linee direttrici è illustrare la posizione della Commissione in merito ai criteri sostanziali di valutazione applicati ai vari tipi di accordi e pratiche.
4. Le presenti linee direttrici illustrano l'interpretazione della Commissione riguardo alle condizioni per l'esenzione prevista dall'articolo 81, paragrafo 3 del trattato. Esse pertanto offrono indicazioni su come essa applicherà l'articolo 81 nei singoli casi. Pur non essendo vincolanti, le presenti linee direttrici sono destinate anche a fornire un orientamento alle giurisdizioni ed alle autorità degli Stati membri per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafi 1 e 3 del trattato.
5. Le presenti linee direttrici stabiliscono un quadro di analisi per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3. Il loro scopo è quello di mettere a punto una metodologia per l'applicazione di questa disposizione del trattato. Questa metodologia si basa su di un approccio economico, già introdotto e sviluppato nelle linee direttrici sulle restrizioni verticali, sugli accordi di cooperazione orizzontale e sugli accordi di trasferimento delle tecnologie. La Commissione seguirà le presenti linee direttrici che forniscono indicazioni più precise sull'applicazione delle quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 rispetto alle indicazioni già contenute nelle linee direttrici sulle restrizioni verticali, sugli accordi di cooperazione orizzontale e sugli accordi di trasferimento delle tecnologie, anche per quel che riguarda la valutazione degli accordi menzionati da queste ultime linee direttrici.
6. Le regole definite nelle presenti linee direttrici devono essere applicate tenendo conto delle circostanze specifiche dei singoli casi. È quindi esclusa un'applicazione meccanica. Ciascun caso deve essere valutato sulla base degli elementi fattuali che gli sono propri e le linee direttrici devono essere applicate con ragionevolezza e flessibilità.
7. Per quel che riguarda talune questioni, le presenti linee direttrici riflettono lo stato attuale della giurisprudenza della Corte di giustizia. Tuttavia, la Commissione intende anche illustrare la sua politica riguardante le questioni che non sono ancora state trattate dalla giurisprudenza, o che sono soggette a interpretazione. Tuttavia, la posizione della Commissione lascia impregiudicata la giurisprudenza della Corte di giustizia o dal Tribunale di primo grado riguardante l'interpretazione dell'articolo 81, paragrafi 1 e 3, nonché l'interpretazione che le giurisdizioni comunitarie potranno dare a queste disposizioni in futuro.

2. IL QUADRO GENERALE DELL'ARTICOLO 81, DEL TRATTATO CE**2.1. Le disposizioni del trattato**

8. L'articolo 81, paragrafo 1, vieta tutti gli accordi fra imprese, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ⁽⁶⁾ e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza ⁽⁷⁾.
9. In deroga a tale norma, l'articolo 81, paragrafo 3 dispone che il divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1 possa essere dichiarato inapplicabile in caso di accordi che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, che non impongano restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi e che non diano alle imprese interessate la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

10. Conformemente all'articolo 1, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003, gli accordi di cui all'articolo 81, paragrafo 1 che non soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso⁽⁸⁾. Conformemente all'articolo 1, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003, gli accordi di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato non sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso. Tali accordi sono validi ed applicabili a decorrere dal momento in cui le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 sono soddisfatte e fintantoché continuano ad esserlo.
11. La valutazione a norma dell'articolo 81 comporta pertanto due fasi. La prima fase consiste nel valutare se un accordo tra imprese, che possa pregiudicare il commercio tra Stati membri, abbia un oggetto anticoncorrenziale o effetti anticoncorrenziali, effettivi o potenziali⁽⁹⁾. La seconda fase, che interviene solo qualora si ritenga che un accordo sia restrittivo della concorrenza, consiste nel determinare i benefici sotto il profilo della concorrenza prodotti dall'accordo in questione e nel valutare se tali effetti positivi superino gli effetti negativi per la concorrenza. La valutazione comparata degli effetti anticoncorrenziali e degli effetti favorevoli alla concorrenza è effettuata esclusivamente nell'ambito dell'articolo 81, paragrafo 3⁽¹⁰⁾.
12. Prima di procedere alla valutazione dei benefici compensativi ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3, è necessario aver determinato il carattere restrittivo dell'accordo ed il suo impatto. Per situare l'articolo 81, paragrafo 3 nel giusto contesto, è opportuno delineare brevemente l'obiettivo e il contenuto principale del divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1. Le linee direttrici della Commissione sulle restrizioni verticali, sugli accordi di cooperazione orizzontale e sugli accordi di trasferimento di tecnologia⁽¹¹⁾ danno ampie indicazioni sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1 a vari tipi di accordi. Le presenti linee direttrici si limitano dunque a delineare il quadro analitico di base per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1.
- ## 2.2. Il divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1
- ### 2.2.1. Considerazioni generali
13. L'obiettivo dell'articolo 81 è tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un'allocazione efficiente delle risorse. La concorrenza e l'integrazione del mercato contribuiscono entrambe alla realizzazione di tali obiettivi, in quanto la creazione e il mantenimento di un mercato unico aperto promuovono un'allocazione efficiente delle risorse nell'intera Comunità, a vantaggio dei consumatori.
14. Il divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1 si applica agli accordi restrittivi ed alle pratiche concordate tra imprese, nonché alle decisioni di associazioni di imprese nella misura in cui possano pregiudicare il commercio tra Stati membri. Un principio generale alla base dell'articolo 81, paragrafo 1, ribadito nella giurisprudenza degli organi giurisdizionali comunitari, è il fatto che ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta ch'egli intende seguire sul mercato⁽¹²⁾. In base a tale principio, gli organi giurisdizionali comunitari hanno definito gli «accordi», le «decisioni» e le «pratiche concordate» come concetti di diritto comunitario che permettono di operare una distinzione tra il comportamento unilaterale di un'impresa ed il coordinamento del comportamento o la collusione tra imprese⁽¹³⁾. Il comportamento unilaterale, sotto il profilo del diritto comunitario della concorrenza, è soggetto unicamente all'articolo 82 del trattato. Inoltre, la regola della convergenza di cui all'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 non si applica alle condotte unilaterali delle imprese. Tale disposizione si applica solo ad accordi, decisioni e pratiche concordate che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri. L'articolo 3, paragrafo 2 dispone che, quando non rientrano nel divieto di cui all'articolo 81, tali accordi, decisioni e pratiche concordate non possono essere vietati dalla legislazione nazionale in materia di concorrenza. L'articolo 3 lascia impregiudicato il principio fondamentale della preminenza del diritto comunitario, da cui consegue, in particolare, che gli accordi e le pratiche abusive vietati dagli articoli 81 e 82 non possono essere autorizzati dalla legislazione nazionale⁽¹⁴⁾.
15. Il tipo di coordinamento dei comportamenti o di collusione tra imprese che rientra nell'ambito dell'articolo 81, paragrafo 1 è quello in cui almeno un'impresa si impegna, nei confronti di un'altra impresa, ad adottare un determinato comportamento sul mercato o quello in cui, a seguito di contatti tra le imprese, l'incertezza relativa al loro comportamento viene eliminata o quanto meno sostanzialmente ridotta⁽¹⁵⁾. Ne consegue che il coordinamento può assumere la forma di obblighi che disciplinano il comportamento sul mercato di almeno una delle parti, nonché di accordi che influiscono sul comportamento sul mercato di almeno una delle parti determinando un mutamento dei suoi incentivi. Non è necessario che il coordinamento avvenga nell'interesse di tutte le imprese interessate⁽¹⁶⁾. Il coordinamento non deve neanche essere necessariamente esplicito. Esso può anche essere tacito. Perché un accordo possa ritenersi concluso in virtù di una accettazione tacita, è necessario che un'impresa rivolga ad un'altra un invito, espresso o tacito, alla realizzazione comune di uno scopo⁽¹⁷⁾. In determinate circostanze, un accordo può essere desunto e ascrivito ad una relazione commerciale in corso tra le parti⁽¹⁸⁾. Tuttavia, il semplice fatto che una misura adottata da un'impresa si inserisca nel contesto di relazioni commerciali continuative non è sufficiente per affermare l'esistenza di un accordo⁽¹⁹⁾.

16. Gli accordi fra imprese rientrano nel divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1 quando possono verosimilmente avere un impatto negativo sensibile sui parametri della concorrenza nel mercato, quali prezzo, produzione, qualità dei prodotti, varietà dei prodotti e innovazione. Gli accordi possono produrre tali effetti quando il coordinamento riduce sensibilmente la rivalità tra le parti dell'accordo o tra le parti e i terzi.
- 2.2.2. *Principi fondamentali di valutazione degli accordi ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1*
17. Nel valutare se un accordo è restrittivo della concorrenza occorre tenere conto del contesto reale in cui la concorrenza sarebbe esercitata qualora non esistesse l'accordo in oggetto, con le clausole di cui si ipotizza il carattere restrittivo⁽²⁰⁾. Nell'effettuare tale valutazione, è necessario tenere conto del possibile impatto dell'accordo sulla concorrenza «inter-marca» (vale a dire sulla concorrenza tra fornitori di marchi concorrenti) e sulla concorrenza «intra-marca» (vale a dire sulla concorrenza tra distributori della stessa marca). L'articolo 81, paragrafo 1 vieta le restrizioni sia della concorrenza tra marche sia della concorrenza all'interno della stessa marca⁽²¹⁾.
18. Per determinare se un accordo, o una delle sue parti, sia atto a restringere la concorrenza tra marche o la concorrenza all'interno di una marca, è necessario valutare come, ed in quale misura, tale accordo incida o possa verosimilmente incidere sulla concorrenza sul mercato. La trattazione delle due domande seguenti fornisce un quadro utile a tal fine. La prima domanda riguarda l'effetto dell'accordo sulla concorrenza inter-marca, mentre la seconda domanda si riferisce all'effetto dell'accordo sulla concorrenza intra-marca. Poiché le restrizioni possono incidere allo stesso tempo sulla concorrenza inter-marca e sulla concorrenza intra-marca, può essere necessario analizzare una restrizione alla luce di entrambe le domande prima di poter concludere se costituisca o no una restrizione della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1.
1. L'accordo determina una restrizione della concorrenza, effettiva o potenziale, che sarebbe esistita in assenza dell'accordo. Se così è, l'accordo può rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1. Nell'effettuare questa valutazione, è necessario prendere in considerazione la concorrenza tra le parti e quella proveniente da terzi. Ad esempio, si ha restrizione della concorrenza (potenziale) esistente prima dell'accordo, se due imprese stabilite in Stati membri diversi si impegnano reciprocamente a non vendere i propri prodotti sul mercato interno della controparte. Analogamente, quando un fornitore impone ai suoi distributori obblighi di non vendere prodotti concorrenti e tali obblighi precludono a terzi l'accesso al mercato, si ha una restrizione della concorrenza effettiva o potenziale esistente prima dell'accordo. Nel valutare se le parti di un accordo sono concorrenti reali o potenziali, occorre tener conto del contesto economico e giuridico. Ad esempio, se a causa dei rischi finanziari e delle capacità tecniche delle parti, è improbabile, sulla base di fattori obiettivi, che ciascuna parte sia in grado di svolgere autonomamente le attività a cui si applica l'accordo, si presume che le parti non siano concorrenti per quanto riguarda detta attività⁽²²⁾. L'onere della prova in questo senso spetta alle parti.
2. L'accordo determina una restrizione della concorrenza, reale o potenziale, che sarebbe esistita in assenza delle restrizioni contrattuali. Se così è, l'accordo può rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1. Ad esempio, quando un fornitore limita la libertà dei suoi distributori di farsi reciprocamente concorrenza, viene limitata la concorrenza (potenziale) che avrebbe potuto esistere tra i distributori in mancanza di tali restrizioni. Le restrizioni di questo tipo comprendono l'imposizione dei prezzi di vendita e le restrizioni territoriali o la restrizione delle vendite tra distributori. Alcune restrizioni possono tuttavia, in determinati casi, non rientrare nel campo d'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, qualora siano obiettivamente necessarie per l'esistenza di un accordo di un determinato tipo o di una determinata natura⁽²³⁾. Tale esclusione dall'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1 può essere fatta solo sulla base di fattori oggettivi esterni alle parti e non sulla base delle opinioni soggettive e delle caratteristiche delle parti. Ciò che occorre accertare non è se le parti, nella loro specifica situazione, non avrebbero accettato di concludere un accordo meno restrittivo, ma se, data la natura dell'accordo e le caratteristiche del mercato, imprese in condizioni analoghe non avrebbero potuto concludere un accordo meno restrittivo. Ad esempio, le restrizioni territoriali previste da un accordo tra un fornitore e un distributore potrebbero non ricadere nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1 per un determinato periodo di tempo, qualora esse fossero oggettivamente necessarie per permettere al distributore di entrare in un nuovo mercato⁽²⁴⁾. Inoltre il divieto, imposto a tutti i distributori, di vendere ad alcune categorie di utenti finali può non restringere la concorrenza, se tale restrizione è obiettivamente necessaria per ragioni di sicurezza o sanitarie connesse alla natura pericolosa del prodotto in questione. Non è sufficiente sostenere che, in assenza di restrizioni, il fornitore sarebbe ricorso all'integrazione verticale. La decisione se procedere o no ad un'integrazione verticale dipende da numerosi e complessi fattori economici, alcuni dei quali sono interni all'impresa interessata.
19. Nell'applicare il quadro di analisi descritto al punto precedente, occorre tener conto del fatto che detto articolo distingue tra accordi che hanno per oggetto una restrizione della concorrenza e accordi che hanno per effetto una restrizione della concorrenza. Un accordo o restrizione contrattuale sono vietati ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1 solo quando hanno per oggetto o per effetto una restrizione della concorrenza inter-marca o intra-marca.

20. La distinzione tra restrizioni della concorrenza per oggetto e per effetto è una distinzione importante. Una volta stabilito che un accordo ha per oggetto di restringere la concorrenza, non è necessario tenere conto dei suoi effetti concreti ⁽²⁵⁾. In altre parole, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, non è necessario che venga dimostrata l'esistenza di effetti anticoncorrenziali se l'accordo ha per oggetto una restrizione della concorrenza. L'articolo 81, paragrafo 3, invece, non distingue tra accordi che hanno per oggetto di restringere la concorrenza e accordi che hanno per effetto di restringere la concorrenza. Esso si applica a tutti gli accordi che soddisfano le quattro condizioni ivi stabilite ⁽²⁶⁾.
21. Le restrizioni della concorrenza per oggetto sono quelle che per loro stessa natura possono restringere la concorrenza. Si tratta di restrizioni che, alla luce degli obiettivi delle regole di concorrenza comunitarie, hanno una potenzialità talmente alta di produrre effetti negativi sulla concorrenza che è inutile, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, dimostrare l'esistenza di effetti specifici sul mercato. Questa presunzione si basa sul carattere grave della restrizione e sull'esperienza acquisita, che ha dimostrato che le restrizioni della concorrenza per oggetto possono verosimilmente determinare effetti negativi sul mercato e pregiudicare gli obiettivi perseguiti dalle regole di concorrenza comunitarie. Le restrizioni per oggetto, quali la fissazione dei prezzi e la ripartizione del mercato, provocano riduzioni della produzione ed aumenti dei prezzi, determinando una cattiva allocazione delle risorse, in quanto i beni e i servizi richiesti dai consumatori non vengono prodotti. Tali restrizioni determinano inoltre una riduzione del benessere dei consumatori, i quali devono pagare un prezzo più elevato per i beni e i servizi in questione.
22. La valutazione volta a stabilire se un accordo abbia o no per oggetto la restrizione della concorrenza si basa su una serie di fattori. Tali fattori includono, in particolare, il contenuto dell'accordo e gli obiettivi concreti da esso perseguiti. Può anche risultare necessario considerare il contesto in cui è o sarà applicato e la condotta ed il comportamento effettivamente adottati dalle parti sul mercato ⁽²⁷⁾. In altre parole, può essere richiesta una valutazione dei fatti alla base dell'accordo e delle circostanze specifiche nelle quali esso funziona prima di poter concludere che una determinata restrizione costituisce una restrizione della concorrenza per oggetto. Le modalità di attuazione di un accordo possono rivelare una restrizione per oggetto, anche se l'accordo formale non contiene alcuna clausola espressa in tal senso. La prova dell'intenzione soggettiva delle parti di restringere la concorrenza, pur rappresentando un fattore importante, non costituisce una condizione necessaria.
23. Indicazioni non esaustive in merito a quelle che sono considerate restrizioni per oggetto figurano nei regolamenti di esenzione per categoria, nelle linee direttrici e nelle comunicazioni della Commissione. Le restrizioni che figurano nella lista nera di un regolamento di esenzione per categoria o che sono individuate come restrizioni fondamentali nelle linee direttrici e nelle comunicazioni sono in genere considerate dalla Commissione restrizioni per oggetto. Nel caso degli accordi orizzontali, le restrizioni della concorrenza per oggetto comprendono la fissazione dei prezzi, la limitazione della produzione e la ripartizione dei mercati e della clientela ⁽²⁸⁾. Per quanto riguarda gli accordi verticali, la categoria delle restrizioni per oggetto include, in particolare, la fissazione dei prezzi e l'imposizione di un prezzo minimo di rivendita e le restrizioni che assicurano una protezione territoriale assoluta, incluse le restrizioni delle vendite passive ⁽²⁹⁾.
24. Se un accordo non è restrittivo della concorrenza per oggetto, si deve esaminare se abbia effetti restrittivi sulla concorrenza. Devono essere presi in considerazione sia gli effetti reali che quelli potenziali ⁽³⁰⁾. In altre parole, deve essere probabile che l'accordo produca effetti anticoncorrenziali. Nel caso delle restrizioni della concorrenza per effetto non vi è la presunzione di effetti anticoncorrenziali. Perché un accordo sia restrittivo per effetto deve pregiudicare la concorrenza effettiva o potenziale in misura tale che, con ragionevole probabilità, si possano prevedere effetti negativi sui prezzi, sulla produzione, sull'innovazione o sulla varietà o qualità dei beni e dei servizi offerti sul mercato rilevante ⁽³¹⁾. Tali effetti negativi devono essere sensibili. Il divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1 non si applica infatti quando gli effetti anticoncorrenziali individuati sono trascurabili ⁽³²⁾. Questo criterio riflette l'approccio economico applicato dalla Commissione. Il divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1 si applica soltanto se, sulla base di una corretta analisi di mercato, è possibile concludere che è probabile che l'accordo abbia effetti anticoncorrenziali sul mercato ⁽³³⁾. Il fatto che le quote di mercato delle parti superino le soglie di cui alla comunicazione de minimis della Commissione ⁽³⁴⁾ non permette, da solo, di giungere a tale conclusione. Gli accordi che rientrano nella zona protetta dei regolamenti d'esenzione per categoria possono rientrare nell'ambito dell'articolo 81, paragrafo 1, ma non vi rientrano necessariamente. Inoltre, il fatto che, a causa delle quote di mercato detenute dalle parti, un accordo non rientri nella zona protetta di un regolamento d'esenzione per categoria, non permette di per sé di concludere che esso rientri nel campo d'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, o che non soddisfi le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. È necessario procedere ad una valutazione individuale degli effetti che può verosimilmente produrre l'accordo.
25. È probabile che si verifichino effetti negativi per la concorrenza sul mercato rilevante quando le parti, singolarmente o congiuntamente, detengono o pervengono a detenere un certo potere di mercato e l'accordo contribuisca alla creazione, al mantenimento o al rafforzamento di tale potere di mercato, ovvero consenta alle parti di sfruttarlo.

Il potere di mercato è la capacità di mantenere i prezzi ad un livello superiore a quello competitivo per un periodo significativo o di mantenere la produzione, in termini di quantitativi prodotti, di qualità e varietà dei prodotti o di innovazione, ad un livello inferiore a quello competitivo per un periodo significativo. Nei mercati nei quali i costi fissi sono elevati, le imprese devono fissare i propri prezzi sensibilmente al di sopra dei costi di produzione marginali, per avere un adeguato rendimento sul capitale investito. Il fatto che le imprese fissino i propri prezzi al di sopra dei costi marginali non è dunque di per sé indice del fatto che la concorrenza sul mercato non funzioni e che le imprese possiedano un potere di mercato che permette loro di fissare i prezzi ad un livello superiore a quello competitivo. È quando la pressione concorrenziale non è sufficiente a mantenere i prezzi e la produzione a livelli competitivi che le imprese dispongono di un potere di mercato ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1.

26. La creazione, il mantenimento o il rafforzamento del potere di mercato possono derivare da una restrizione della concorrenza tra le parti dell'accordo. Essi possono inoltre risultare da una restrizione della concorrenza tra una delle parti e terzi, ad esempio in quanto l'accordo determina una preclusione nei confronti dei concorrenti o in quanto ne aumenta i costi, limitando la loro capacità di competere efficacemente con le parti dell'accordo. Il potere di mercato è una questione di grado. Il grado di potere di mercato necessario di norma perché venga riscontrata un'infrazione ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, nel caso di accordi restrittivi della concorrenza per effetto, è inferiore al grado di potere di mercato necessario perché venga constatata l'esistenza di una posizione dominante ai sensi dell'articolo 82.
27. Ai fini dell'analisi degli effetti restrittivi di un accordo, è di norma necessario definire il mercato rilevante⁽³⁵⁾. È solitamente necessario inoltre esaminare e valutare, tra l'altro, la natura dei prodotti, la posizione di mercato delle parti, la posizione di mercato dei concorrenti, la posizione di mercato degli acquirenti, l'esistenza di concorrenti potenziali e il livello delle barriere all'ingresso. In taluni casi, tuttavia, è possibile dimostrare l'esistenza di effetti anticoncorrenziali direttamente, analizzando la condotta delle parti dell'accordo sul mercato. Può essere, ad esempio, possibile stabilire che un accordo ha determinato aumenti dei prezzi. Le linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale e sulle restrizioni verticali definiscono un quadro dettagliato per l'analisi dell'impatto sulla concorrenza dei vari tipi di accordi orizzontali e verticali di cui all'articolo 81, paragrafo 1⁽³⁶⁾.

2.2.3. Restrizioni accessorie

28. Il punto 18 di cui sopra definisce un quadro di analisi dell'incidenza di un accordo e delle restrizioni individuali sulla concorrenza inter-marca e sulla concorrenza intramarca. Se, sulla base di tali principi, si giunge alla conclusione che la principale operazione prevista dall'accordo non restringe la concorrenza, è necessario valutare se anche le singole restrizioni contenute nell'accordo sono compatibili con l'articolo 81, paragrafo 1, per il fatto stesso di essere accessorie all'operazione principale, che non è restrittiva.

29. Nel diritto della concorrenza comunitario, il concetto di restrizioni accessorie comprende qualsiasi presunta restrizione della concorrenza direttamente collegata e necessaria alla realizzazione di un'operazione principale non restrittiva e proporzionata rispetto a quest'ultima⁽³⁷⁾. Se le parti principali di un accordo, ad esempio di distribuzione o di costituzione di un'impresa comune, non hanno per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza, le restrizioni direttamente collegate e necessarie alla realizzazione dell'operazione sono anch'esse escluse dal campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1⁽³⁸⁾. Queste restrizioni collegate sono denominate restrizioni accessorie. Una restrizione è direttamente collegata all'operazione principale se è subordinata alla realizzazione di tale operazione ed indissolubilmente legata a quest'ultima. La verifica del carattere necessario implica che la restrizione deve essere oggettivamente necessaria per la realizzazione dell'operazione principale e ad essa proporzionata. Di conseguenza, il criterio per le restrizioni accessorie è simile al criterio di cui al punto 18 (2). Il criterio per le restrizioni accessorie si applica tuttavia in tutti i casi in cui l'operazione principale non restringe la concorrenza⁽³⁹⁾ e non soltanto per determinare l'incidenza dell'accordo sulla concorrenza all'interno dello stesso marchio.
30. L'applicazione del concetto di restrizione accessoria deve essere distinta dall'applicazione della deroga di cui all'articolo 81, paragrafo 3, che si riferisce a determinati benefici economici prodotti dagli accordi restrittivi e comparati con gli effetti restrittivi degli accordi. L'applicazione del concetto della restrizione accessoria non comporta una messa a confronto degli effetti positivi e negativi sulla concorrenza. Tale valutazione comparativa si applica esclusivamente ai fini dell'articolo 81, paragrafo 3⁽⁴⁰⁾.
31. La valutazione delle restrizioni accessorie si limita a determinare se, nel contesto specifico dell'operazione o dell'attività principale non restrittiva, una particolare restrizione sia necessaria e proporzionata alla realizzazione dell'operazione o dell'attività. Se, sulla base di fattori oggettivi, è possibile concludere che senza la restrizione l'operazione principale non restrittiva sarebbe stata difficile o impossibile da realizzare, la restrizione può essere considerata oggettivamente necessaria e proporzionata alla sua realizzazione⁽⁴¹⁾. Se, ad esempio, l'oggetto principale di un accordo di franchising non determina restrizioni della concorrenza, le restrizioni che sono necessarie per il corretto funzionamento dell'accordo, come gli obblighi volti a proteggere l'uniformità e la reputazione del sistema di franchising, sono anch'esse escluse dal campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1⁽⁴²⁾. Analogamente, quando un'impresa comune non è essa stessa restrittiva della concorrenza, le restrizioni che sono necessarie per il funzionamento dell'accordo sono conside-

rate accessorie all'operazione principale e non rientrano pertanto nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1. Nel caso TPS ⁽⁴³⁾, ad esempio, la Commissione ha concluso che un obbligo delle parti di non essere coinvolte in imprese impegnate nella distribuzione e nella commercializzazione di programmi televisivi via satellite era accessoria alla costituzione dell'impresa comune durante la fase iniziale. È stato pertanto ritenuto che la restrizione non rientrasse nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1 per un periodo di tre anni. Nell'arrivare a tale conclusione, la Commissione ha tenuto conto dei considerevoli investimenti e rischi commerciali connessi all'ingresso sul mercato delle televisioni a pagamento.

2.3. La deroga di cui all'articolo 81, paragrafo 3

32. La valutazione delle restrizioni per oggetto e per effetto ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1 è solo un aspetto dell'analisi. L'altro aspetto, recepito nell'articolo 81, paragrafo 3, è la valutazione degli effetti economici positivi degli accordi restrittivi.

33. L'obiettivo delle regole di concorrenza comunitarie è tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un'allocatione efficiente delle risorse. Gli accordi che determinano restrizioni della concorrenza possono al tempo stesso produrre effetti favorevoli alla concorrenza mediante incrementi di efficienza ⁽⁴⁴⁾. Questi incrementi di efficienza possono generare un incremento di valore, in quanto riducono i costi di fabbricazione di un prodotto, ne migliorano la qualità o portano alla realizzazione di un nuovo prodotto. Quando gli effetti di un accordo favorevoli alla concorrenza superano gli effetti anticoncorrenziali, l'accordo è in definitiva favorevole alla concorrenza e compatibile con gli obiettivi delle regole di concorrenza comunitarie. L'effetto netto di tali accordi è di promuovere l'essenza stessa del processo concorrenziale, vale a dire la conquista di clienti mediante l'offerta di prodotti o di prezzi migliori di quelli offerti dai concorrenti. Questo quadro di analisi si riflette nell'articolo 81, paragrafo 1 e nell'articolo 81, paragrafo 3. Quest'ultima disposizione riconosce espressamente che gli accordi restrittivi possono generare benefici economici oggettivi tali da superare gli effetti negativi della restrizione della concorrenza ⁽⁴⁵⁾.

34. L'applicazione della deroga di cui all'articolo 81, paragrafo 3 è soggetta a quattro condizioni cumulative, delle quali due positive e due negative:

a) l'accordo deve contribuire a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico;

b) agli utilizzatori deve essere riservata una congrua parte dell'utile che ne deriva;

c) la restrizione deve essere indispensabile per raggiungere tali obiettivi, ed infine

d) l'accordo non deve dare alle imprese interessate la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti o dei servizi di cui trattasi.

Quando queste quattro condizioni sono soddisfatte, l'accordo rafforza la concorrenza all'interno del mercato rilevante, in quanto induce le imprese interessate ad offrire ai consumatori prodotti meno costosi o migliori, così da compensarli degli effetti negativi delle restrizioni della concorrenza.

35. L'articolo 81, paragrafo 3 si applica a singoli accordi o a categorie di accordi mediante regolamenti di esenzione per categoria. Quando un accordo rientra nel campo di applicazione di un regolamento di esenzione per categoria, le parti dell'accordo restrittivo sono liberate dall'onere di cui all'articolo 2 del regolamento n. 1/2003, che impone di provare che il loro specifico accordo soddisfa ciascuna delle condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. Le parti devono solo provare che l'accordo restrittivo beneficia dell'esenzione per categoria. L'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 a determinate categorie di accordi in virtù di regolamenti di esenzione per categoria si basa sulla presunzione che gli accordi restrittivi che rientrano nel loro campo di applicazione ⁽⁴⁶⁾ soddisfino ognuna delle quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3.

36. Se in un caso specifico l'accordo rientra nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1 e le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 non sono soddisfatte, l'esenzione per categoria può essere revocata. Sulla base dell'articolo 29, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003, la Commissione ha il potere di revocare il beneficio di un'esenzione per categoria qualora constati che, in uno specifico caso, un accordo cui si applica il regolamento di esenzione ha effetti incompatibili con l'articolo 81, paragrafo 3, del trattato. Sulla base dell'articolo 29, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003, anche l'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro può revocare il beneficio di un regolamento di esenzione per categoria sul suo territorio (o in una parte del suo territorio) se tale territorio ha tutte le caratteristiche di un mercato geografico distinto. In caso di revoca, spetta alle autorità garanti della concorrenza interessate provare che l'accordo viola l'articolo 81, paragrafo 1 e che non soddisfa le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3.

37. Le giurisdizioni nazionali non hanno la facoltà di revocare il beneficio di un regolamento di esenzione per categoria. Inoltre, nell'applicare i regolamenti di esenzione per categoria, le giurisdizioni nazionali non possono modificarne il campo di applicazione per estenderlo ad accordi che non rientrano nel regolamento di esenzione per categoria di cui trattasi⁽⁴⁷⁾. Al di fuori dell'ambito dei regolamenti di esenzione per categoria, le giurisdizioni degli Stati membri hanno il potere di applicare l'articolo 81 nella sua interezza (vedasi l'articolo 6 del regolamento 1/2003).

3. L'APPLICAZIONE DELLE QUATTRO CONDIZIONI DI CUI ALL'ARTICOLO 81, PARAGRAFO 3

38. La rimanente parte delle presenti linee direttrici esaminerà ciascuna delle quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3⁽⁴⁸⁾. Considerato che queste quattro condizioni sono cumulative⁽⁴⁹⁾, una volta stabilito che una delle condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 non è soddisfatta, non è necessario esaminare le condizioni restanti. Nell'esaminare i singoli casi, può pertanto essere opportuno verificare le quattro condizioni in un ordine diverso.

39. Ai fini delle presenti linee direttrici, si ritiene opportuno invertire l'ordine della seconda e della terza condizione ed esaminare quindi la questione del carattere indispensabile prima della questione del trasferimento di parte dei benefici agli utilizzatori. L'analisi del trasferimento di parte dei benefici richiede una valutazione comparata degli effetti negativi e positivi di un accordo sugli utilizzatori. Questa analisi non dovrebbe includere gli effetti di eventuali restrizioni che già non soddisfano il criterio del carattere indispensabile e che, per tale ragione, sono vietate dall'articolo 81.

3.1. Principi generali

40. L'articolo 81, paragrafo 3, del trattato diventa pertinente solo quando un accordo tra imprese restringe la concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1. Nel caso di accordi non restrittivi, non vi è alcuna necessità di esaminare i benefici prodotti dall'accordo.

41. Quando, in un caso specifico, sia stata dimostrata una restrizione della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, è possibile invocare la deroga di cui all'articolo 81, paragrafo 3. Sulla base dell'articolo 2 del regolamento n. 1/2003, l'onere della prova per quanto concerne le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 incombe alle imprese che chiedono di beneficiare della deroga. Quando le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, non sono soddisfatte, l'accordo è nullo di pieno diritto (cfr. articolo 81, paragrafo 2). Tale nullità si applica tuttavia ai soli elementi dell'accordo che sono incompatibili con l'articolo 81, purché tali elementi siano separabili dell'accordo nel suo insieme⁽⁵⁰⁾. Se solo una parte dell'accordo è nulla, le relative conseguenze per la restante parte dell'accordo sono stabilite dalla legislazione nazionale applicabile⁽⁵¹⁾.

42. Sulla base di una giurisprudenza consolidata, le quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 devono considerarsi cumulative⁽⁵²⁾, vale a dire che tutte e quattro devono essere soddisfatte perché la deroga sia applicabile. In caso contrario, l'applicazione della deroga di cui all'articolo 81, paragrafo 3 deve essere negata⁽⁵³⁾. Le quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 devono anche considerarsi esaustive. Quando esse sono soddisfatte, la deroga è applicabile e non può essere subordinata ad altre condizioni. Gli obiettivi perseguiti da altre disposizioni del trattato possono essere presi in considerazione nella misura in cui possano essere fatti rientrare nelle quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3⁽⁵⁴⁾.

43. La valutazione, ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3, dei benefici derivanti da accordi restrittivi viene effettuata, in linea di principio, entro i confini di ciascuno dei mercati rilevanti cui l'accordo si riferisce. Le regole di concorrenza comunitarie hanno come obiettivo la protezione della concorrenza sul mercato e non possono essere separate da tale obiettivo. La condizione in base alla quale agli utilizzatori⁽⁵⁵⁾ deve essere riservata una congrua parte dell'utile implica inoltre che gli incrementi di efficienza generati dall'accordo restrittivo all'interno di un mercato rilevante debbano essere almeno sufficienti a superare gli effetti anticoncorrenziali prodotti dall'accordo all'interno dello stesso mercato rilevante⁽⁵⁶⁾. Gli effetti negativi per gli utilizzatori su un mercato geografico o del prodotto non possono di norma essere controbilanciati e compensati dagli effetti positivi per gli utilizzatori su un altro mercato geografico o del prodotto. Tuttavia, quando due mercati sono collegati, gli incrementi di efficienza conseguiti su mercati distinti possono essere presi in considerazione a condizione che il gruppo di utilizzatori interessato dalla restrizione e che beneficia degli incrementi di efficienza sia sostanzialmente lo stesso⁽⁵⁷⁾. In effetti, in alcuni casi l'accordo ha un'incidenza solo sugli utilizzatori in un mercato a valle, nel qual caso devono essere valutati gli effetti dell'accordo su tali utilizzatori. Questo accade per esempio nel caso degli accordi di acquisto⁽⁵⁸⁾.

44. La valutazione degli accordi restrittivi ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3, è effettuata nel contesto effettivo in cui tali accordi sono conclusi⁽⁵⁹⁾ e sulla base degli elementi fattuali esistenti in un dato momento. La valutazione deve tenere conto di eventuali cambiamenti rilevanti della situazione. La deroga di cui all'articolo 81, paragrafo 3 si applica fintantoché sono soddisfatte le quattro condizioni e cessa di applicarsi quando tale situazione viene meno⁽⁶⁰⁾. Quando si applica l'articolo 81, paragrafo 3, conformemente a questi principi, è necessario tenere conto degli investimenti iniziali irrecuperabili fatti da una o dall'altra parte e del tempo o delle restrizioni necessarie per realizzare e recuperare un investimento destinato ad aumentare l'efficienza di un'impresa. Non è possibile applicare l'articolo 81 senza tener conto di questi investimenti ex ante. I rischi che devono affrontare le parti e gli investimenti irrecuperabili che devono essere realizzati per attuare l'accordo possono far sì che esso non rientri nel campo d'applicazione dell'articolo 81, pa-

ragrafo 1, oppure che soddisfi le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, per il periodo necessario a recuperare l'investimento.

45. In certi casi l'accordo restrittivo è irreversibile. Una volta data attuazione all'accordo restrittivo, non è possibile ristabilire la situazione *ex ante*. In tali casi, la valutazione deve essere effettuata esclusivamente sulla base degli elementi fattuali pertinenti al momento dell'attuazione dell'accordo. Nel caso, ad esempio, di un accordo di ricerca e sviluppo mediante il quale ciascuna delle parti acconsente ad abbandonare il rispettivo progetto di ricerca e a mettere in comune le proprie capacità con quelle di un'altra parte, può essere tecnicamente ed economicamente impossibile, da un punto di vista oggettivo, riprendere il progetto una volta che sia stato abbandonato. La valutazione degli effetti anticoncorrenziali e degli effetti favorevoli alla concorrenza di un accordo che prevede l'abbandono di progetti di ricerca individuali deve pertanto essere effettuata con riferimento alla data di completamento della sua attuazione. Se, in quel momento, l'accordo è compatibile con l'articolo 81, ad esempio perché esistono sufficienti progetti di ricerca e sviluppo alternativi di terzi, l'accordo mediante il quale le parti decidono di abbandonare i loro progetti individuali resta compatibile con l'articolo 81 anche se successivamente i progetti dei terzi dovessero venire meno. Il divieto di cui all'articolo 81 può tuttavia applicarsi ad altri elementi dell'accordo in relazione ai quali la questione del carattere irreversibile non si pone. Se il progetto prevede, ad esempio, oltre alla ricerca e sviluppo in comune anche lo sfruttamento in comune, l'articolo 81 si può applicare a questa parte dell'accordo se, a seguito di successivi sviluppi del mercato, l'accordo diventa restrittivo della concorrenza e non soddisfa più le condizioni dell'articolo 81, paragrafo 3, tenuto debito conto degli investimenti irrecuperabili *ex ante* (cfr. punto precedente).
46. L'articolo 81, paragrafo 3 non esclude a priori certi tipi di accordi dal suo campo di applicazione. In linea di principio, tutti gli accordi restrittivi che soddisfano le quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 possono beneficiare della deroga⁽⁶¹⁾. Le restrizioni gravi della concorrenza, tuttavia, non possono verosimilmente soddisfare le quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. Tali restrizioni figurano solitamente nella lista nera dei regolamenti di esenzione per categoria o sono individuate come restrizioni fondamentali nelle linee direttrici e nelle comunicazioni della Commissione. In genere gli accordi di questa natura non soddisfano (almeno) le prime due condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. Essi non creano benefici economici oggettivi⁽⁶²⁾ e non determinano benefici per gli utilizzatori⁽⁶³⁾. Ad esempio, un accordo orizzontale per la fissazione dei prezzi determina una limitazione della produzione ed una cattiva allocazione delle risorse. Esso trasferisce inoltre valore dagli utilizzatori ai produttori, in quanto conduce a prezzi più elevati senza generare una compensazione per gli utilizzatori all'interno del mercato rilevante. Di norma, inoltre, questi tipi di accordi non soddisfano il criterio del carattere di indispensabilità di cui alla terza condizione⁽⁶⁴⁾.

47. Sostenere che accordi restrittivi della concorrenza sono giustificati in quanto volti ad assicurare condizioni eque di concorrenza sul mercato è per sua natura una pretesa infondata che deve essere respinta⁽⁶⁵⁾. L'obiettivo dell'articolo 81 è proteggere la concorrenza effettiva assicurando che i mercati rimangano aperti e competitivi. La protezione di condizioni eque di concorrenza è un compito che spetta al legislatore nel rispetto degli obblighi di diritto comunitario⁽⁶⁶⁾ e non è una questione che possa essere disciplinata dalle imprese stesse.

3.2. Prima condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3: incrementi di efficienza

3.2.1. Considerazioni generali

48. In base alla prima condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3, l'accordo deve contribuire a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico. La disposizione si riferisce esplicitamente solo ai prodotti, ma si applica per analogia anche ai servizi.
49. Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che possono essere presi in considerazione solo i benefici oggettivi⁽⁶⁷⁾. Ciò significa che gli incrementi di efficienza non sono valutati dal punto di vista soggettivo delle parti⁽⁶⁸⁾. I risparmi sui costi derivanti dal puro esercizio del potere di mercato delle parti non possono essere presi in considerazione. Ad esempio, quando le imprese si accordano riguardo alla fissazione dei prezzi o alla ripartizione dei mercati, esse riducono la produzione e di conseguenza i costi di produzione. La riduzione della concorrenza può anche determinare una riduzione delle spese di vendita e di marketing. Simili riduzioni dei costi sono una conseguenza diretta della riduzione della produzione e del valore. Le riduzioni dei costi in questione non generano effetti favorevoli alla concorrenza sul mercato. In particolare, non determinano la creazione di valore attraverso un'integrazione di mezzi e di attività, ma consentono semplicemente alle imprese interessate di aumentare i loro profitti e sono pertanto irrilevanti dal punto di vista dell'articolo 81, paragrafo 3.
50. L'obiettivo della prima condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3 è di definire i tipi di incrementi di efficienza che possono essere presi in considerazione ed essere sottoposti alla successiva verifica della seconda e terza condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3. Lo scopo dell'analisi è determinare quali sono i vantaggi obiettivi apportati dall'accordo e quale è l'importanza economica degli incrementi di efficienza. Tenuto conto del fatto che, affinché sia applicabile l'articolo 81, paragrafo 3, gli effetti favorevoli alla concorrenza dell'accordo devono compensarne gli effetti anticoncorrenziali, è necessario verificare quale è la natura del legame tra l'accordo ed i presunti incrementi di efficienza e quale è il loro valore.

51. Tutti i presunti incrementi di efficienza devono pertanto essere comprovati per consentire di verificare gli aspetti seguenti:
- la natura dei presunti incrementi di efficienza;
 - il legame tra l'accordo e gli incrementi di efficienza;
 - la probabilità e l'entità di ciascun incremento di efficienza;
 - come e quando i singoli incrementi di efficienza saranno realizzati.
52. La lettera a) consente di verificare se la natura del presunto incremento di efficienza è obiettiva (cfr. supra, punto 49).
53. La lettera b) consente di verificare se vi sia un legame causale sufficiente tra l'accordo restrittivo ed i presunti incrementi di efficienza. Questa condizione solitamente richiede che gli incrementi di efficienza risultino dall'attività economica che costituisce l'oggetto dell'accordo. Tale attività può, ad esempio, consistere nella distribuzione, nella concessione di licenze di tecnologia, nella produzione congiunta o nell'attività congiunta di ricerca e sviluppo. Tuttavia, nella misura in cui un accordo determina incrementi di efficienza di più ampia portata sul mercato di cui trattasi, in quanto consente, ad esempio, una riduzione dei costi di un intero settore, anche questi benefici addizionali sono presi in considerazione.
54. Il legame causale tra l'accordo e i presunti incrementi di efficienza deve di norma essere un legame diretto⁽⁶⁹⁾. Le argomentazioni basate su effetti indiretti sono, in linea generale, troppo vaghe e remote per poter essere prese in considerazione. Esiste, ad esempio, un legame causale diretto quando un accordo di trasferimento di tecnologia permette ai licenziatari di produrre prodotti nuovi o migliori o quando un accordo di distribuzione permette la distribuzione dei prodotti ad un costo più basso o la produzione di servizi di qualità. Un esempio di effetto indiretto sarebbe questo: l'aumento dei profitti delle imprese interessate grazie ad un accordo restrittivo permette loro di investire di più nella ricerca e sviluppo a beneficio, in ultima analisi, dei consumatori. Anche se vi può essere un legame tra la redditività e la ricerca e sviluppo, questo legame non è in genere sufficientemente diretto per poter essere preso in considerazione nel contesto dell'articolo 81, paragrafo 3.
55. Le lettere c) e d) permettono di verificare il valore dei presunti incrementi di efficienza che, nel contesto della terza condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3, devono essere messi a confronto con gli effetti anticoncorrenziali dell'accordo (cfr. infra, punto 101). Poiché l'articolo 81, paragrafo 1, si applica soltanto quando è probabile che l'accordo abbia effetti negativi per la concorrenza ed i consumatori (in caso di restrizioni fondamentali tali effetti sono, in ogni caso, presunti), i presunti incrementi di efficienza devono essere confermati da prove, in modo da poter essere verificati. Presunti incrementi di efficienza non sostenuti da prove non sono accettati.
56. Nel caso di presunti risparmi sui costi, le imprese che chiedono di beneficiare della deroga di cui all'articolo 81, paragrafo 3, devono calcolare o stimare, con la massima accuratezza ragionevolmente possibile, il valore degli incrementi di efficienza e descrivere dettagliatamente le modalità di calcolo di tale importo. Esse devono inoltre descrivere i metodi mediante i quali gli incrementi di efficienza sono stati o saranno realizzati. I dati trasmessi devono essere verificabili, affinché vi sia un grado di certezza sufficiente in merito al fatto che gli incrementi di efficienza si sono effettivamente realizzati o si realizzeranno probabilmente in futuro.
57. Nel caso in cui i presunti incrementi di efficienza consistano in prodotti nuovi o migliori ed altri incrementi non relativi ai costi, le imprese che chiedono di beneficiare della deroga di cui all'articolo 81, paragrafo 3, devono descrivere e spiegare dettagliatamente la natura degli incrementi di efficienza e spiegare in che modo e per quali ragioni essi costituiscono un beneficio economico oggettivo.
58. Nei casi in cui l'accordo non sia ancora stato attuato integralmente, le parti devono comprovare le proiezioni relative alla data a partire dalla quale gli incrementi di efficienza saranno operativi così da determinare un significativo impatto positivo sul mercato.

3.2.2. *Le diverse categorie di incrementi di efficienza*

59. I tipi di incrementi di efficienza menzionati all'articolo 81, paragrafo 3, sono categorie ampie, volte ad includere tutti gli incrementi oggettivi di efficienza economica. Vi sono notevoli sovrapposizioni tra le diverse categorie menzionate all'articolo 81, paragrafo 3 e lo stesso accordo può determinare più tipi di incrementi di efficienza. Non è pertanto opportuno tracciare distinzioni nette e rigide tra le diverse categorie. Ai fini delle presenti linee direttrici, si distingue tra incrementi di efficienza in termini di costi ed incrementi di efficienza in termini di qualità, nei quali il valore aggiunto è rappresentato da prodotti nuovi o migliori, da una maggiore varietà dei prodotti ecc.

60. In linea generale, gli incrementi di efficienza derivano da un'integrazione delle attività economiche mediante la quale le imprese mettono in comune i loro mezzi di produzione al fine di realizzare quello che non potrebbero realizzare da sole in maniera altrettanto efficiente, o mediante la quale affidano ad un'altra impresa compiti che questa può svolgere in maniera più efficiente.

61. Il processo che comprende le attività di ricerca e sviluppo, produzione e distribuzione può essere considerato come una catena di valore che può essere suddivisa in più fasi. In ogni fase di questa catena, un'impresa deve scegliere se realizzare direttamente l'attività in questione, se realizzarla insieme ad altre imprese o se esternalizzarla completamente, affidandola ad altre imprese.
62. In ogni caso, quando la scelta implica la cooperazione sul mercato con un'altra impresa, è di norma necessario concludere un accordo ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1. Può trattarsi di accordi verticali, nel caso in cui le parti operano a livelli diversi della catena di valore, o di accordi orizzontali, nel caso in cui le imprese operano allo stesso livello della catena di valore. Entrambe le categorie di accordi possono generare incrementi di efficienza, in quanto permettono alle imprese in questione di svolgere un particolare compito ad un costo inferiore o con un maggior valore aggiunto per i consumatori. Tali accordi possono contenere o determinare restrizioni della concorrenza, nel qual caso possono intervenire il divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1 e la deroga di cui all'articolo 81, paragrafo 3.
63. I tipi di incrementi di efficienza menzionati in prosieguo costituiscono solo esempi e non sono da considerare esaustivi.
- 3.2.2.1. Incrementi di efficienza in termini di costi
64. Gli incrementi di efficienza in termini di costi derivanti da accordi tra imprese possono essere determinati da una serie di fattori diversi. Una fonte molto importante di risparmi sui costi è lo sviluppo di nuove tecnologie e metodi di produzione. In generale, le maggiori possibilità di realizzare risparmi sui costi si raggiungono nel caso dei grandi progressi tecnologici. L'introduzione della catena di montaggio, ad esempio, ha portato ad una sostanziale riduzione dei costi di produzione degli autoveicoli.
65. Un'altra fonte molto importante di incrementi di efficienza è rappresentata dalle sinergie derivanti da un'integrazione dei mezzi esistenti. Quando le parti di un accordo mettono in comune i rispettivi mezzi di produzione, esse possono essere in grado di pervenire ad una configurazione costi/produzione che non sarebbe altrimenti stata possibile. La combinazione di due tecnologie esistenti e complementari può ridurre i costi di produzione o permettere la produzione di un prodotto di qualità superiore. È possibile, ad esempio, che i mezzi di produzione dell'impresa A permettano una produzione oraria elevata, richiedendo tuttavia un consumo relativamente alto di materie prime per unità prodotta, mentre i mezzi di produzione dell'impresa B permettono soltanto una produzione oraria più modesta, ma che richiede un consumo inferiore di materie prime per unità prodotta. È possibile realizzare sinergie se, costituendo un'impresa comune di produzione che combini i mezzi di produzione di A e di B, le parti possono raggiungere un livello di produzione oraria (più) elevato con un consumo (più) basso di materie prime per unità prodotta. Analogamente, se un'impresa ha già ottimizzato una parte della catena di valore ed un'altra impresa ha ottimizzato un'altra parte della catena di valore, la combinazione delle loro attività può determinare una riduzione dei costi. L'impresa A può, ad esempio, disporre di impianti di produzione notevolmente automatizzati, che comportano costi di produzione bassi per unità prodotta, mentre B può aver messo a punto un efficace sistema di trattamento degli ordini. Il sistema permette di adattare la produzione alla richiesta dei clienti, garantendo consegne entro i termini richiesti e riducendo i costi di magazzino e di obsolescenza. Combinando i propri mezzi, è possibile che A e B riescano ad ottenere una riduzione dei costi.
66. Gli incrementi di efficienza in termini di costi possono anche essere la conseguenza di economie di scala, vale a dire della diminuzione del costo per unità di prodotto legata all'aumento della produzione. A titolo di esempio, gli investimenti in attrezzature e in altri mezzi di produzione devono spesso essere effettuati in blocchi indivisibili. Se un'impresa non può utilizzare integralmente un blocco, i suoi costi medi saranno superiori: infatti, il costo di esercizio di un autocarro, ad esempio, è sostanzialmente lo stesso indipendentemente dal fatto che viaggi quasi vuoto, mezzo pieno o pieno. Grazie ad accordi mediante i quali mettono in comune le loro attività logistiche, le imprese possono aumentare i coefficienti di carico e ridurre il numero di veicoli utilizzati. Una scala maggiore può inoltre permettere una migliore divisione del lavoro e una conseguente riduzione dei costi unitari. Le imprese possono realizzare economie di scala in relazione a tutte le parti della catena di valore, dalla ricerca e sviluppo alla produzione, alla distribuzione e al marketing. Le economie di apprendimento costituiscono un tipo di incremento di efficienza collegato. L'acquisizione dell'esperienza nell'utilizzazione di un determinato processo produttivo o nell'esecuzione di particolari operazioni può determinare un aumento della produttività, in quanto il processo viene reso più efficiente o in quanto l'operazione viene eseguita più rapidamente.
67. Le economie di diversificazione sono un'altra fonte di incrementi di efficienza, che si verificano quando le imprese realizzano risparmi sui costi fabbricando prodotti diversi sulla base degli stessi fattori di produzione. Simili incrementi di efficienza possono essere dovuti al fatto che è possibile utilizzare gli stessi componenti, le stesse apparecchiature e lo stesso personale per fabbricare una serie di prodotti diversi. Analogamente, nel caso della distribuzione, le economie di diversificazione possono verificarsi quando diversi tipi di prodotti sono distribuiti utilizzando gli stessi veicoli. Ad esempio, un produttore di pizza surgelata ed un produttore di verdure surgelate possono realizzare economie di diversificazione grazie alla distribuzione congiunta dei loro prodotti. Entrambi i gruppi di prodotti devono essere distribuiti mediante veicoli refrigerati ed è probabile che vi siano significative sovrapposizioni in termini di clienti. Combinando le loro attività, i due produttori possono ridurre i costi di distribuzione per unità di prodotto distribuita.

68. Gli incrementi di efficienza sotto forma di riduzioni dei costi possono anche essere la conseguenza di accordi che consentono una migliore pianificazione della produzione, così da ridurre la necessità di un'onerosa gestione delle scorte e da permettere una migliore utilizzazione della capacità. Gli incrementi di efficienza di questo tipo possono, ad esempio, derivare dal ricorso agli acquisti «just in time», vale a dire dall'obbligo per il fornitore di componenti di rifornire continuamente l'acquirente sulla base del suo fabbisogno, evitando in tal modo la necessità che l'acquirente mantenga scorte ingenti di componenti che rischiano di diventare obsoleti. I risparmi sui costi possono anche derivare da accordi che permettono alle parti di razionalizzare la produzione attraverso un uso migliore delle loro apparecchiature.
- 3.2.2.2. Incrementi di efficienza qualitativi**
69. Gli accordi tra imprese possono determinare vari incrementi di efficienza in termini di qualità, rilevanti per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3. In diversi casi, i principali incrementi di efficienza che un accordo può determinare non sono riduzioni dei costi ma miglioramenti della qualità ed altri incrementi di efficienza di carattere qualitativo. A seconda dei singoli casi, tali incrementi di efficienza possono dunque avere un'importanza uguale o maggiore rispetto a quelli relativi ai costi.
70. I progressi tecnici e tecnologici rappresentano una componente essenziale e dinamica dell'attività economica, in quanto generano significativi benefici sotto forma di prodotti e servizi nuovi o migliori. Attraverso la cooperazione, le imprese possono essere in grado di generare incrementi di efficienza che non sarebbero stati possibili senza l'accordo restrittivo, o che sarebbero stati possibili solo con notevole ritardo o ad un costo più elevato. Simili incrementi di efficienza costituiscono un'importante fonte dei benefici economici di cui alla prima condizione dell'articolo 81, paragrafo 3. Gli accordi in grado di determinare incrementi di efficienza di questo tipo comprendono in particolare gli accordi di ricerca e sviluppo. Ad esempio, A e B potrebbero costituire un'impresa comune per lo sviluppo e, in caso di successo, la produzione congiunta di un pneumatico a cellule. La foratura di una delle cellule non influisce sulle altre, il che significa che, in caso di foratura, il pneumatico non rischia di sgonfiarsi completamente. Questi pneumatici sono dunque più sicuri dei pneumatici tradizionali. Inoltre non è necessario cambiare immediatamente il pneumatico e quindi avere con sé un pneumatico di scorta. I due tipi di incrementi di efficienza costituiscono vantaggi oggettivi ai sensi della prima condizione dell'articolo 81, paragrafo 3.
71. Così come la combinazione di mezzi complementari può comportare una riduzione dei costi, la combinazione di mezzi può creare anche sinergie che determinano incrementi di efficienza in termini di qualità. La combinazione dei mezzi di produzione può ad esempio permettere la produzione di prodotti di migliore qualità o con caratteristiche nuove. Tali incrementi di efficienza possono ad esempio essere determinati da accordi di licenza e da accordi per la produzione in comune di prodotti o servizi nuovi o migliori. Gli accordi di licenza possono assicurare in particolare la diffusione più rapida delle nuove tecnologie nella Comunità e consentire ai licenziatari di rendere disponibili nuovi prodotti o di utilizzare nuove tecniche di produzione che consentono miglioramenti in termini di qualità. Gli accordi di produzione in comune possono permettere, in particolare, l'introduzione sul mercato di prodotti o servizi nuovi o migliori in tempi più rapidi ed ad un costo inferiore⁽⁷⁰⁾. Nel settore delle telecomunicazioni si ritiene, ad esempio, che gli accordi di cooperazione abbiano creato incrementi di efficienza, in quanto hanno reso disponibili più rapidamente nuovi servizi globali⁽⁷¹⁾. Anche nel settore bancario si ritiene che gli accordi di cooperazione che hanno permesso di migliorare le strutture per i pagamenti transfrontalieri abbiano determinato incrementi di efficienza che rientrano nell'ambito della prima condizione dell'articolo 81, paragrafo 3⁽⁷²⁾.
72. Anche gli accordi di distribuzione possono generare incrementi di efficienza in termini di qualità. I distributori specializzati, ad esempio, possono essere in grado di prestare servizi più rispondenti alle esigenze dei clienti o possono offrire una consegna più rapida o garantire una migliore qualità a tutti i livelli della catena di distribuzione⁽⁷³⁾.
- 3.3. Terza condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3: carattere indispensabile delle restrizioni**
73. In base alla terza condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3, l'accordo restrittivo non deve imporre restrizioni che non siano indispensabili per realizzare gli incrementi di efficienza determinati dall'accordo in questione. Questa condizione implica una duplice verifica. Innanzitutto, l'accordo restrittivo deve essere, in quanto tale, ragionevolmente necessario alla realizzazione degli incrementi di efficienza. In secondo luogo, anche le singole restrizioni della concorrenza determinate dall'accordo devono essere ragionevolmente necessarie alla realizzazione degli incrementi di efficienza.
74. Per quanto concerne la terza condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3, il fattore decisivo è se l'accordo restrittivo e le singole restrizioni permettono o no di realizzare l'attività in questione in maniera più efficiente di quanto sarebbe avvenuto in assenza dell'accordo o della restrizione di cui trattasi. Non si tratta cioè di stabilire se in assenza della restrizione l'accordo non sarebbe stato concluso, ma se grazie all'accordo o alla restrizione si realizzano maggiori incrementi di efficienza di quelli che si realizzerebbero in loro assenza⁽⁷⁴⁾.

75. Il primo criterio di cui alla terza condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3, impone che gli incrementi di efficienza siano specificamente legati all'accordo in questione, vale a dire che non esistano altre soluzioni economicamente praticabili e meno restrittive per realizzare tali incrementi di efficienza. Nell'effettuare quest'ultima valutazione, devono essere prese in considerazione le condizioni del mercato e la realtà del settore in cui operano le parti dell'accordo. Alle imprese che chiedono di beneficiare dell'articolo 81, paragrafo 3 non si chiede di considerare alternative puramente ipotetiche o teoriche. La Commissione non effettuerà interpretazioni riguardo i giudizi economici delle parti. Essa interverrà solo quando è ragionevolmente chiaro che esistono alternative realistiche e fattibili. Le parti devono limitarsi a spiegare e dimostrare per quali ragioni tali alternative apparentemente realistiche e sensibilmente meno restrittive dell'accordo sarebbero state molto meno efficienti.
76. È importante in particolare esaminare se, tenuto conto alle circostanze del caso di specie, le parti avrebbero potuto realizzare gli incrementi di efficienza mediante un tipo di accordo meno restrittivo, e in tal caso quando avrebbero potuto conseguire gli incrementi di efficienza. Può anche essere necessario esaminare se le parti avrebbero potuto realizzare le efficienze da sé. Quando, ad esempio, i presunti incrementi di efficienza consistono in riduzioni dei costi derivanti da economie di scala o di diversificazione, le imprese interessate devono spiegare e documentare le ragioni per le quali gli stessi incrementi di efficienza non avrebbero verosimilmente potuto essere realizzati attraverso la crescita interna e la concorrenza sui prezzi. Nell'effettuare tale valutazione, è importante considerare, tra l'altro, la dimensione minima efficiente sul mercato di cui trattasi. La dimensione minima efficiente è il livello di produzione richiesto per minimizzare il costo medio e sfruttare al massimo le economie di scala⁽⁷⁵⁾. Maggiore è la dimensione minima efficiente rispetto alle dimensioni effettive di ciascuna delle parti dell'accordo, maggiore è la probabilità che gli incrementi di efficienza siano considerati specificamente legati all'accordo. Nel caso di accordi che determinano sostanziali sinergie attraverso la combinazione di mezzi e capacità complementari, la natura stessa degli incrementi di efficienza induce a ritenere che l'accordo sia necessario per la loro realizzazione.
77. Questi principi possono essere illustrati dagli esempi seguenti, di carattere ipotetico:
- A e B combinano, nell'ambito di un'impresa comune, le rispettive tecniche di produzione, per aumentare la loro produzione e diminuire il loro consumo di materie prime. All'impresa comune viene concessa una licenza esclusiva sulle rispettive tecniche di produzione. Le parti trasferiscono i loro impianti di produzione all'impresa comune. Trasferiscono anche alcuni elementi chiave del personale, per garantire che le esistenti economie di apprendimento possano essere utilizzate e sviluppate. Si stima che queste economie riducano i costi di produzione di un ulteriore 5 %. La produzione dell'impresa comune è venduta in maniera indipendente sia da A che da B. In questo caso, per determinare se l'accordo è indispensabile, occorre valutare se sarebbe o no possibile ottenere una parte sostanziale dei vantaggi acquisiti tramite un accordo di licenza, che sarebbe probabilmente una soluzione meno restrittiva perché A e B continuerebbero a produrre autonomamente. Nel caso appena descritto, ciò non sarebbe probabilmente possibile in quanto, mediante un accordo di licenza, le parti non avrebbero la possibilità di beneficiare in modo così diretto e permanente delle rispettive esperienze in materia d'applicazione delle due tecnologie, il che comporta significative economie di apprendimento.
78. Una volta accertato che l'accordo in questione è necessario per la realizzazione degli incrementi di efficienza, è necessario valutare il carattere indispensabile di ciascuna restrizione della concorrenza legata all'accordo. A tale proposito, occorre valutare se le singole restrizioni siano ragionevolmente necessarie per realizzare gli incrementi di efficienza. Le parti dell'accordo devono comprovare le loro asserzioni per quanto concerne sia la natura della restrizione, sia la sua intensità.
79. Una restrizione è indispensabile se la sua assenza eliminerebbe o ridurrebbe sensibilmente gli incrementi di efficienza che derivano dall'accordo o renderebbe molto meno probabile la loro realizzazione. La valutazione delle soluzioni alternative deve tenere conto dei miglioramenti effettivi e potenziali sotto il profilo della concorrenza che si otterrebbero grazie all'eliminazione di una particolare restrizione o all'applicazione di un'alternativa meno restrittiva. Più la restrizione è grave, più il criterio relativo alla terza condizione è applicato in maniera rigorosa⁽⁷⁶⁾. È improbabile che le restrizioni che figurano nella lista nera di un regolamento di esenzione per categoria o che sono individuate come restrizioni fondamentali nelle linee direttrici e nelle comunicazioni della Commissione possano essere considerate indispensabili.
80. La valutazione del carattere indispensabile è effettuata nel contesto effettivo in cui opera l'accordo e deve tenere conto in particolare della struttura del mercato, dei rischi economici collegati all'accordo e dei possibili incentivi per le parti. Più il successo del prodotto oggetto dell'accordo è aleatorio, più una restrizione può essere necessaria per assicurare che gli incrementi di efficienza si realizzino. Le restrizioni possono altresì essere indispensabili al fine di uniformare gli incentivi delle parti ed assicurare che esse concentrino il loro impegno sull'attuazione dell'accordo. Una restrizione può ad esempio essere necessaria al fine di evitare il problema dell'opportunismo post-contrattuale (hold-up) una volta che una delle parti abbia già realizzato un ingente investimento irrecuperabile.

bile. Una volta, ad esempio, che un fornitore abbia effettuato un investimento ingente, specificamente legato alla relazione contrattuale, al fine di fornire ad un cliente un determinato fattore di produzione, il fornitore è vincolato a quel determinato cliente. Al fine di evitare che, a posteriori, il cliente sfrutti questa dipendenza per ottenere condizioni più favorevoli, può essere necessario imporre un obbligo di non acquistare i componenti da terzi, ovvero di acquistare quantitativi minimi del componente dal fornitore in questione ⁽⁷⁷⁾.

81. In certi casi, una restrizione può essere indispensabile solo per un certo periodo di tempo, nel qual caso la deroga di cui all'articolo 81, paragrafo 3 si applica solo durante tale periodo. Nell'effettuare tale valutazione, è necessario tenere conto del periodo di tempo richiesto perché le parti realizzino gli incrementi di efficienza che giustificano l'applicazione della deroga ⁽⁷⁸⁾. Nei casi in cui i benefici non possano essere realizzati senza considerevoli investimenti, si deve tenere conto in particolare del periodo di tempo necessario per assicurare un rendimento adeguato di tali investimenti (cfr. anche supra, punto 44).
82. Tali principi possono essere illustrati mediante i seguenti esempi:

P produce e distribuisce pizze surgelate e detiene il 15 % del relativo mercato nello Stato membro X. I prodotti sono consegnati direttamente ai dettaglianti. Poiché la maggior parte dei dettaglianti ha capacità di stoccaggio limitate, sono necessarie consegne relativamente frequenti, il che comporta un basso tasso d'utilizzo delle capacità ed il ricorso a veicoli relativamente piccoli. T è un grossista di pizze surgelate ed altri prodotti surgelati, che rifornisce essenzialmente gli stessi clienti di P. Le pizze distribuite da T rappresentano il 30 % del mercato. T possiede una flotta di veicoli più grandi ed ha un eccesso di capacità. P conclude un accordo di distribuzione esclusiva con T per lo Stato membro X e si impegna affinché i distributori degli altri Stati membri non vendano sul territorio di T, in modo sia attivo che passivo. T si impegna a fare pubblicità per i prodotti, a compiere inchieste sui gusti dei consumatori e sul loro tasso di soddisfazione e a garantire la consegna di tutti i prodotti ai dettaglianti entro 24 ore. L'accordo comporta un abbassamento dei costi totali di distribuzione del 30 %, in quanto le capacità sono meglio utilizzate e non vengono percorsi più volte gli stessi itinerari. L'accordo determina anche la fornitura di servizi aggiuntivi ai consumatori. Le restrizioni delle vendite passive sono individuate come restrizioni fondamentali nel regolamento di esenzione per categoria sulle restrizioni verticali ⁽⁷⁹⁾ e possono essere considerate indispensabili solo in circostanze eccezionali. La posizione ben stabilita di T sul mercato e la natura degli obblighi che le sono imposti indicano che non si tratta di un caso eccezionale. È tuttavia probabile che il divieto delle vendite attive sia indispensabile. T potrebbe verosimilmente avere un minor

incentivo a vendere e promuovere il marchio P se i distributori di altri Stati membri potessero vendere attivamente nello Stato membro X approfittando così degli sforzi di T, tanto più che T distribuisce anche marchi concorrenti e ha dunque la possibilità di favorire i marchi che sono meno esposti al cosiddetto parassitismo («free riding»).

S è un produttore di bevande gassate analcoliche e detiene il 40 % del mercato. La quota di mercato del suo concorrente più prossimo è del 20 %. S conclude accordi di fornitura con clienti che rappresentano il 25 % della domanda, in base ai quali essi si impegnano a rifornirsi esclusivamente presso S per 5 anni. S conclude accordi con altri clienti, che rappresentano il 15 % della domanda, in virtù dei quali tali clienti ricevono sconti trimestrali se i loro acquisti superano determinati obiettivi fissati individualmente. S sostiene che questi accordi le permettono di prevedere la domanda con maggiore precisione e quindi di pianificare meglio la produzione, il che riduce i costi di stoccaggio e di magazzino delle materie prime ed evita una discontinuità dei rifornimenti. Data la posizione di S sul mercato e la portata combinata delle restrizioni, è molto poco probabile che esse siano giudicate indispensabili. L'obbligo d'acquisto esclusivo va al di là di quanto necessario per pianificare la produzione e altrettanto vale per il sistema di sconti. È possibile prevedere la domanda con mezzi meno restrittivi. S potrebbe ad esempio incentivare i propri clienti affinché ordinino grandi quantità alla volta offrendo loro sconti quantità o proponendo uno sconto ai clienti che fanno ordini anticipati, consegnabili a date precise.

3.4. Seconda condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3: congrua parte dei benefici riservata agli utilizzatori

3.4.1. Considerazioni generali

83. Sulla base della seconda condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3, agli utilizzatori deve essere riservata una congrua parte degli incrementi di efficienza determinati dall'accordo restrittivo.
84. Il concetto di «utilizzatori» comprende tutti i fruitori, diretti o indiretti, dei prodotti oggetto dell'accordo, inclusi i produttori che usano il prodotto quale materia prima, i distributori all'ingrosso, i dettaglianti e gli utilizzatori finali, ovverosia le persone che operano per fini che possono essere considerati come non facenti parte delle loro attività commerciali o professionali. In altre parole, gli utilizzatori ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3, sono i clienti delle parti dell'accordo ed i successivi acquirenti. Questi clienti possono essere imprese, come nel caso degli acquirenti di macchinari industriali o di un fattore di produzione destinato ad un'ulteriore trasformazione, o consumatori finali, come nel caso degli acquirenti di gelati per immediata consumazione o di biciclette.

85. Il concetto di «congrua parte» implica che il trasferimento dei benefici deve almeno compensare gli utilizzatori degli effetti negativi, effettivi o possibili, determinati nei loro confronti dalla restrizione della concorrenza constatata ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1. In linea con l'obiettivo generale dell'articolo 81, che è quello di impedire accordi anticoncorrenziali, l'effetto netto dell'accordo deve almeno essere neutro dal punto di vista di quei consumatori che, direttamente o indirettamente, subiscono gli effetti dell'accordo⁽⁸⁰⁾. Se, a seguito dell'accordo, tali utilizzatori si ritrovano in una posizione più negativa, la seconda condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3 non è soddisfatta. Gli effetti positivi di un accordo devono essere confrontati con gli effetti negativi sugli utilizzatori e devono almeno compensare tali effetti negativi⁽⁸¹⁾. Quando ciò si verifica, gli utilizzatori non sono penalizzati dall'accordo. Inoltre, è la società nel suo complesso a beneficiare dell'accordo, qualora gli incrementi di efficienza permettano di ridurre le risorse utilizzate per fabbricare i prodotti consumati o di produrre prodotti di migliore qualità e determinino quindi un'allocazione più efficiente delle risorse.
86. Non è necessario che agli utilizzatori sia riservata una parte di tutti i singoli incrementi di efficienza individuati in base alla prima condizione, è sufficiente che vengano loro trasferiti benefici tali da compensare gli effetti negativi dell'accordo restrittivo. In questo caso, gli utilizzatori ottengono una parte equa degli utili totali⁽⁸²⁾. Se un accordo restrittivo può verosimilmente determinare un aumento dei prezzi, gli utilizzatori devono essere compensati integralmente attraverso un miglioramento della qualità o altri benefici. In caso contrario, la seconda condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3 non è soddisfatta.
87. L'elemento decisivo è l'impatto sugli utilizzatori dei prodotti sul mercato rilevante considerati globalmente e non l'impatto su singoli membri di questo gruppo di utilizzatori⁽⁸³⁾. In alcuni casi, può essere necessario un certo periodo di tempo perché gli incrementi di efficienza si concretizzino. Fino a quel momento l'accordo può produrre solo effetti negativi. Il fatto che il trasferimento degli effetti positivi agli utilizzatori avvenga con un certo ritardo non esclude di per sé l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3. Tuttavia, maggiore è il lasso di tempo che intercorre, maggiori dovranno essere gli incrementi di efficienza richiesti per compensare la perdita subita dagli utilizzatori durante il periodo precedente il trasferimento.
88. Nell'effettuare questa valutazione si deve tenere conto del fatto che il valore di benefici futuri e di benefici presenti per gli utilizzatori non è lo stesso. Un risparmio di 100 euro oggi ha un valore maggiore che un risparmio dello stesso importo tra un anno. Per gli utilizzatori, un beneficio futuro non compensa pertanto integralmente una perdita presente di valore nominale equivalente. Al fine di permettere un raffronto corretto delle perdite presenti e dei benefici futuri per gli utilizzatori, il valore dei benefici futuri deve essere attualizzato. Il tasso di sconto applicato deve riflettere il tasso dell'eventuale inflazione e gli interessi persi come indicazione del valore minore dei benefici futuri.
89. In altri casi, l'accordo può permettere alle parti di realizzare gli incrementi di efficienza prima di quanto sarebbe altrimenti stato possibile. In tali circostanze, è necessario tenere conto del possibile impatto negativo sugli utilizzatori all'interno del mercato rilevante una volta trascorso tale periodo di tempo. Se attraverso l'accordo restrittivo le parti arrivano a detenere una posizione di forza sul mercato, esse possono essere in grado di praticare prezzi significativamente più elevati di quanto sarebbe altrimenti avvenuto. Affinché la seconda condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3 sia soddisfatta, il vantaggio per gli utilizzatori rappresentato dal fatto di avere accesso più rapidamente ai prodotti in questione deve essere altrettanto significativo. Questo può ad esempio avvenire quando un accordo consente a due produttori di pneumatici non soltanto di immettere sul mercato, con tre anni di anticipo, un nuovo pneumatico notevolmente più sicuro ma anche, aumentando il proprio potere di mercato, di aumentare i prezzi del 5%. In tal caso, è probabile che il fatto di avere più rapidamente accesso ad un prodotto significativamente migliorato pesi di più dell'aumento di prezzo.
90. La seconda condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3 comprende una scala progressiva. Maggiore è la restrizione della concorrenza riscontrata ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, maggiori devono essere gli incrementi di efficienza trasferiti agli utilizzatori. Questo approccio basato su una scala progressiva implica che se gli effetti restrittivi di un accordo sono relativamente limitati e gli incrementi di efficienza significativi, è probabile che una congrua parte dei risparmi sui costi venga trasferita agli utilizzatori. In tali casi non è quindi di norma necessario procedere ad un'analisi dettagliata della seconda condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3, purché siano soddisfatte le altre tre condizioni per l'applicazione di tale disposizione.
91. Se, d'altro canto, gli effetti restrittivi dell'accordo sono significativi ed i risparmi sui costi relativamente insignificanti, è molto improbabile che la seconda condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3 sia soddisfatta. L'impatto della restrizione della concorrenza dipende dall'intensità della restrizione e dal grado di concorrenza restante dopo l'accordo.

92. Se l'accordo determina effetti significativi sulla concorrenza sia in senso positivo che in senso negativo, è necessaria un'analisi accurata. In simili casi, nel procedere alla valutazione comparata dei due tipi di effetti, si deve tenere conto del fatto che la concorrenza è un importante fattore promotore a lungo termine di efficienza e di innovazione. Le imprese che non sono soggette ad effettive pressioni concorrenziali — come ad esempio le imprese dominanti — sono meno incentivate a mantenere o a sviluppare gli incrementi di efficienza. Maggiore è l'impatto dell'accordo sulla concorrenza, maggiore è la probabilità che gli utilizzatori siano penalizzati sul lungo periodo.
93. Le due sezioni seguenti illustrano più dettagliatamente il quadro di analisi per la valutazione del trasferimento degli incrementi di efficienza agli utilizzatori. La prima sezione si occupa degli incrementi di efficienza in termini di costi, mentre la seconda riguarda altri tipi di incrementi di efficienza, come prodotti nuovi o migliori (incrementi di efficienza in termini di qualità). Il quadro delineato in queste due sezioni riveste un'importanza particolare nei casi in cui non è immediatamente evidente che gli effetti negativi sulla concorrenza superano i benefici per gli utilizzatori o viceversa ⁽⁸⁴⁾.
94. Nell'applicazione dei principi illustrati di seguito, la Commissione terrà conto del fatto che in molti casi è difficile calcolare accuratamente il tasso di trasferimento degli incrementi di efficienza agli utilizzatori. Le imprese sono soltanto tenute a documentare le loro affermazioni fornendo stime ed altri dati per quanto ragionevolmente possibile tenuto conto delle circostanze del caso specifico.
- 3.4.2. *Trasferimento agli utilizzatori e valutazione comparata degli incrementi di efficienza in termini di costi*
95. Quando, come di norma, i mercati non sono in concorrenza perfetta, le imprese sono in grado di influenzare il prezzo di mercato, in maniera più o meno incisiva, modificando la loro produzione ⁽⁸⁵⁾. Esse possono anche essere in grado di praticare discriminazioni in termini di prezzi tra i loro clienti.
96. Gli incrementi di efficienza in termini di costi possono a volte determinare un aumento della produzione ed una riduzione dei prezzi per gli utilizzatori interessati. Se, grazie agli incrementi di efficienza in termini di costi, le imprese in questione possono aumentare i profitti espandendo la produzione, è possibile che si verifichino trasferimenti di benefici a favore degli utilizzatori. Nel valutare la possibilità che gli incrementi di efficienza in termini di costi siano trasferiti agli utilizzatori ed il risultato della valutazione comparata tra i diversi effetti dell'accordo di cui all'articolo 81, paragrafo 3, si devono tenere presenti in particolare i fattori seguenti:
- a) le caratteristiche e la struttura del mercato;
 - b) la natura e l'entità degli incrementi di efficienza;
 - c) l'elasticità della domanda; e
 - d) l'entità della restrizione della concorrenza.
- Di norma, tutti questi fattori devono essere presi in considerazione. Poiché l'articolo 81, paragrafo 3 si applica solo nei casi in cui si determinano sensibili restrizioni della concorrenza sul mercato (cfr. supra, punto 24), non è possibile presumere che la concorrenza residua garantisca che agli utilizzatori sia riservata una congrua parte dei benefici. Tuttavia, il grado di concorrenza restante sul mercato e la natura di tale concorrenza influenzano sulla probabilità del trasferimento dei benefici.
97. Maggiore è il grado di concorrenza residua, maggiore è la probabilità che le singole imprese cerchino di aumentare le vendite trasferendo agli utilizzatori gli incrementi di efficienza in termini di costi. Se le imprese sono in concorrenza sui prezzi e non sono soggette a vincoli significativi in termini di capacità, i trasferimenti di benefici possono avvenire relativamente in fretta. Se la concorrenza riguarda prevalentemente la capacità e gli adeguamenti di capacità richiedono un certo lasso di tempo, i trasferimenti di benefici saranno più lenti. Essi rischiano di essere più lenti anche quando la struttura del mercato induce ad una collusione tacita ⁽⁸⁶⁾. Se è probabile che i concorrenti reagiscano con ritorsioni ad un aumento della produzione di una o più parti dell'accordo, l'incentivo ad aumentare la produzione può essere moderato, a meno che il vantaggio concorrenziale conferito dagli incrementi di efficienza sia tale che le imprese interessate siano incentivate ad abbandonare la politica comune adottata sul mercato dai membri dell'oligopolio. In altre parole, gli incrementi di efficienza generati dall'accordo possono trasformare le imprese interessate in cosiddetti «cani sciolti» (mavericks) ⁽⁸⁷⁾.

98. Anche la natura degli incrementi di efficienza può svolgere un ruolo importante. Secondo la teoria economica, le imprese massimizzano i loro profitti vendendo unità di prodotto fino al punto in cui il ricavo marginale uguaglia il costo marginale. Il ricavo marginale è la variazione dei ricavi totali derivante dalla vendita di un'unità addizionale di prodotto ed il costo marginale è la variazione dei costi totali derivante dalla produzione di quell'unità addizionale di prodotto. Da questo principio consegue, come norma generale, che le decisioni in materia di produzione e di prezzi di un'impresa che operi per massimizzare i profitti non sono determinate dai suoi costi fissi (vale a dire dai costi che non variano in funzione del tasso di produzione), ma dai suoi costi variabili (vale a dire dai costi che variano in funzione del tasso di produzione). Una volta sostenuti i costi fissi e fissata la capacità, le decisioni in materia di prezzi e di produzione sono determinate dai costi variabili e dalle condizioni della domanda. Si prenda ad esempio una situazione nella quale due imprese producano ciascuna due prodotti utilizzando due linee di produzione che operano solo al 50 % della loro capacità. Un accordo di specializzazione può permettere alle due imprese di specializzarsi nella produzione di uno dei due prodotti e di smantellare la seconda linea di produzione, relativa all'altro prodotto. Al tempo stesso, la specializzazione può consentire alle imprese di ridurre i costi variabili legati ai fattori di produzione e alle scorte. Solo questi ultimi risparmi avranno un effetto diretto sulle decisioni delle imprese in materia di prezzi e di produzione, in quanto incideranno sui costi marginali di produzione. Lo smantellamento di una linea di produzione da parte di ciascuna impresa non ne ridurrà i costi variabili e non avrà alcuna influenza sui costi di produzione. Ne consegue che le imprese possono avere un incentivo diretto a trasferire agli utilizzatori, sotto forma di maggiore produzione e di prezzi più bassi, gli incrementi di efficienza che riducono i costi marginali, mentre non hanno incentivi diretti simili per quanto riguarda gli incrementi di efficienza che riducono i costi fissi. È perciò più probabile che gli utilizzatori beneficino di una congrua parte della maggiore efficienza in termini di costi in caso di riduzioni dei costi variabili piuttosto che in caso di riduzioni dei costi fissi.
99. Il fatto che le imprese possano avere un incentivo a trasferire agli utilizzatori certi tipi di incrementi di efficienza in termini di costi non significa che il tasso di trasferimento sia necessariamente del 100 %. Il tasso di trasferimento effettivo dipende dalla misura in cui gli utilizzatori reagiscono alle variazioni di prezzo, vale a dire dall'elasticità della domanda. Maggiore è l'aumento della domanda determinato da una diminuzione del prezzo, maggiore è il tasso di trasferimento. Ciò deriva dal fatto che maggiori sono le vendite addizionali generate da una riduzione del prezzo dovuta ad un aumento della produzione, maggiore è la probabilità che tali vendite compensino i minor ricavi determinati dalla riduzione dei prezzi dovuta all'aumento della produzione. In assenza di discriminazioni in termini di prezzi, la riduzione dei prezzi riguarda tutte le unità vendute dall'impresa, nel qual caso il ricavo marginale è inferiore al prezzo ottenuto per la produzione marginale. Se le imprese interessate sono in grado di praticare prezzi diversi a clienti diversi, vale a dire di operare discriminazioni in termini di prezzi, il trasferimento degli incrementi di efficienza andrà di norma a vantaggio dei soli utilizzatori sensibili al fattore prezzo⁽⁸⁸⁾.
100. Si deve anche tenere conto del fatto che spesso gli incrementi di efficienza non riguardano l'intera struttura dei costi dell'impresa interessata. In tal caso, l'incidenza sul prezzo praticato agli utilizzatori è ridotta. Se, ad esempio, un accordo permette alle parti di ridurre i costi di produzione del 6 %, ma i costi di produzione rappresentano solo un terzo dei costi sulla base dei quali sono fissati i prezzi, l'incidenza sul prezzo del prodotto è pari al 2 % ipotizzando che venga trasferito l'intero importo.
101. Infine, fatto particolarmente importante, è necessario comparare le due forze opposte che risultano dalla restrizione della concorrenza e dagli incrementi di efficienza in termini di costi. Da un lato, l'eventuale incremento del potere di mercato determinato dall'accordo restrittivo dà alle imprese interessate la possibilità di aumentare i prezzi e l'incentivo a farlo. D'altro canto, gli incrementi di efficienza in termini di costi presi in considerazione possono incentivare le imprese interessate a ridurre i prezzi (cfr. supra, punto 98). È dunque necessario procedere alla valutazione comparata degli effetti di queste due forze opposte. Si ricorda a questo proposito che la condizione relativa al trasferimento degli incrementi di efficienza agli utilizzatori include una scala progressiva. Quando l'accordo determina una riduzione sostanziale delle pressioni concorrenziali cui sono esposte le parti, gli incrementi di efficienza in termini di costi devono essere estremamente elevati perché si verifichi un trasferimento di benefici sufficiente.
- 3.4.3. *Trasferimento agli utilizzatori e valutazione comparata di altri tipi di incrementi di efficienza*
102. Il trasferimento di benefici agli utilizzatori può anche assumere la forma di incrementi di efficienza di carattere qualitativo, come prodotti nuovi e migliori, che creino un valore sufficiente affinché gli utilizzatori siano compensati degli effetti anticoncorrenziali dell'accordo, incluso un aumento dei prezzi.
103. Una simile valutazione richiede sempre un giudizio in termini di valore. È difficile attribuire un valore preciso ad incrementi di efficienza dinamici di questa natura. Il principale obiettivo della valutazione rimane tuttavia lo stesso, vale a dire determinare l'impatto complessivo dell'accordo restrittivo sugli utilizzatori nel mercato rilevante. Le imprese che invocano il beneficio previsto dall'articolo 81, paragrafo 3, debbono dimostrare che i consumatori otterranno benefici compensativi (a questo riguardo, si veda supra i paragrafi 57 e 86).

104. La disponibilità di prodotti nuovi e migliori costituisce una fonte importante di benessere dei consumatori. Fintantoché l'incremento di valore derivante da tali miglioramenti supera gli inconvenienti determinati da un mantenimento o un aumento dei prezzi legato all'accordo restrittivo, la situazione degli utilizzatori è migliore rispetto a quella che si verificherebbe in assenza dell'accordo e la condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3, relativa al trasferimento dei benefici agli utilizzatori è di norma soddisfatta. Nei casi in cui l'effetto probabile dell'accordo è di far aumentare i prezzi per gli utilizzatori nel mercato rilevante, si deve valutare attentamente se l'incremento di efficienza invocato ha un valore reale per gli utilizzatori nel mercato di cui trattasi, tale da compensare gli effetti negativi della restrizione di concorrenza.

3.5. Quarta condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3: non eliminazione della concorrenza

105. Sulla base della quarta condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3, l'accordo non deve dare alle imprese interessate la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi. In definitiva, la protezione della rivalità e del processo concorrenziale viene considerata prioritaria rispetto agli incrementi di efficienza favorevoli alla concorrenza che potrebbero derivare da accordi restrittivi. L'ultima condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3 riconosce il fatto che la rivalità tra imprese è un elemento motore fondamentale dell'efficienza economica, inclusi gli incrementi di efficienza dinamici sotto forma di innovazione. In altre parole, l'obiettivo ultimo dell'articolo 81 è proteggere il processo concorrenziale. Quando la concorrenza viene eliminata, il processo concorrenziale viene meno e gli incrementi di efficienza a breve termine sono superati dalle perdite a lungo termine che derivano tra l'altro dalle spese sostenute dall'operatore che domina il mercato per mantenere la sua posizione (ricerca di una rendita), da una cattiva allocazione delle risorse, da una riduzione dell'innovazione e da prezzi più alti.

106. Il concetto di eliminazione della concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti rilevanti di cui all'articolo 81, paragrafo 3 è un concetto del diritto comunitario autonomo e specifico dell'articolo 81, paragrafo 3⁽⁸⁹⁾. Tuttavia, nell'applicare questo concetto è necessario tener conto del rapporto tra l'articolo 81 e l'articolo 82. Sulla base di una giurisprudenza consolidata, l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 non pregiudica l'applicazione dell'articolo 82 del trattato⁽⁹⁰⁾. Poiché inoltre gli articoli 81 e 82 perseguono entrambi l'obiettivo di mantenere una concorrenza effettiva sul mercato, si deve per coerenza ritenere che l'articolo 81, paragrafo 3, precluda l'applicazione di tale disposizione agli accordi restrittivi che costituiscono un abuso di posizione dominante⁽⁹¹⁾ ⁽⁹²⁾. Non tutti gli accordi restrittivi conclusi da un'impresa dominante costituiscono tuttavia un abuso di posizione dominante. È quanto accade ad esempio quando un'impresa dominante è parte di un'impresa co-

mune che non esercita stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma⁽⁹³⁾, la quale è considerata restrittiva della concorrenza, ma al tempo stesso comporta una sostanziale integrazione dei mezzi di produzione.

107. L'eliminazione della concorrenza ai sensi dell'ultima condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3, dipende dal grado di concorrenza esistente prima dell'accordo e dall'influenza dell'accordo restrittivo sulla concorrenza, vale a dire dalla riduzione della concorrenza determinata dall'accordo. Più la concorrenza sul mercato interessato è debole, minore è l'ulteriore riduzione necessaria perché la concorrenza sia eliminata ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3. Inoltre, maggiore è la riduzione della concorrenza determinata dall'accordo, maggiore è la probabilità che la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi rischi di essere eliminata.

108. L'applicazione dell'ultima condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 3 richiede un'analisi realistica delle varie fonti di concorrenza presenti sul mercato, del livello di pressione concorrenziale che queste impongono alle parti dell'accordo e dell'influenza dell'accordo su tali pressioni concorrenziali. È necessario prendere in considerazione sia la concorrenza effettiva, sia quella potenziale.

109. Anche se le quote di mercato sono rilevanti, l'importanza delle fonti di concorrenza effettiva restanti non può essere misurata esclusivamente sulla base della quota di mercato. È di norma necessaria un'analisi più ampia sotto il profilo qualitativo e quantitativo. Si deve ad esempio esaminare la capacità dei concorrenti effettivi di fare concorrenza e i loro incentivi a farlo. Se, ad esempio, i concorrenti sono soggetti a vincoli in termini di capacità o se hanno costi di produzione relativamente più elevati, la loro risposta concorrenziale sarà necessariamente limitata.

110. Nella valutazione dell'influenza dell'accordo sulla concorrenza, è anche importante esaminare la sua influenza sui vari parametri della concorrenza. L'ultima condizione per la deroga di cui all'articolo 81, paragrafo 3 non è soddisfatta se l'accordo elimina la concorrenza in una delle sue espressioni più importanti. Ciò avviene in particolare quando un accordo elimina la concorrenza⁽⁹⁴⁾ sui prezzi o la concorrenza relativa all'innovazione e allo sviluppo di nuovi prodotti.

111. L'effettivo comportamento sul mercato delle parti può fornire indicazioni in merito all'influenza dell'accordo. Se, a seguito della conclusione dell'accordo, le parti hanno applicato e mantenuto significativi aumenti dei prezzi o hanno adottato un altro comportamento che dimostri l'esistenza di un grado considerevole di potere di mercato, ciò costituisce un'indicazione del fatto che le parti non sono soggette ad effettive pressioni concorrenziali e che la concorrenza è stata eliminata per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

112. Anche l'interazione concorrenziale passata può fornire un'indicazione dell'influenza dell'accordo sull'interazione concorrenziale futura. Un'impresa può essere in grado di eliminare la concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3, concludendo un accordo con un concorrente che in passato è stato un «cane sciolto»⁽⁹⁵⁾. Un simile accordo può modificare gli incentivi concorrenziali e le capacità del concorrente ed eliminare in tal modo un'importante fonte di concorrenza sul mercato.
113. Nei casi che riguardano prodotti differenziati, vale a dire prodotti che differiscono agli occhi degli utilizzatori, l'influenza dell'accordo può dipendere dalla relazione concorrenziale tra i prodotti venduti dalle parti dell'accordo. Quando le imprese offrono prodotti differenziati, la pressione concorrenziale che i singoli prodotti esercitano reciprocamente sugli altri prodotti concorrenti varia a seconda del grado di sostituibilità esistente tra tali prodotti. Si deve pertanto considerare il grado di sostituibilità tra i prodotti offerti dalle parti, vale a dire la pressione concorrenziale che essi esercitano reciprocamente sugli altri prodotti. Più i prodotti delle parti dell'accordo sono sostituibili, maggiori sono i possibili effetti restrittivi dell'accordo. In altre parole, maggiore è la sostituibilità dei prodotti, maggiori sono i possibili cambiamenti determinati dall'accordo in termini di restrizione della concorrenza sul mercato e maggiore è la probabilità che la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi rischi di essere eliminata.
114. Sebbene le fonti di concorrenza effettiva siano di solito le più importanti, in quanto più facilmente verificabili, anche le fonti di concorrenza potenziale devono essere prese in considerazione. La valutazione della concorrenza potenziale richiede un'analisi delle barriere all'ingresso per le imprese che non sono già presenti sul mercato rilevante. Le parti devono comprovare le loro asserzioni relative all'esistenza di basse barriere all'ingresso mediante informazioni che individuino le fonti di concorrenza potenziale e devono documentare le ragioni per le quali queste fonti rappresentano un'effettiva pressione concorrenziale per le parti.
115. Nella valutazione delle barriere all'ingresso e dell'effettiva possibilità di nuovi ingressi in scala significativa, è importante esaminare, tra l'altro gli aspetti seguenti:
- i) il quadro regolamentare, al fine di determinare la sua influenza sui nuovi operatori;
 - ii) i costi legati all'ingresso, compresi i costi irrecuperabili, vale a dire quei costi che non possono essere recuperati se il nuovo operatore abbandona il mercato. Maggiori sono i costi irrecuperabili, maggiore è il rischio per i nuovi operatori potenziali;
- iii) la dimensione minima efficiente del settore, vale a dire il tasso di produzione al quale i costi medi sono minimizzati. Se la dimensione minima efficiente è grande rispetto alle dimensioni del mercato, un ingresso efficiente può verosimilmente essere più costoso e rischioso;
 - iv) la forza concorrenziale dei nuovi operatori potenziali. Un ingresso effettivo è più probabile quando i nuovi operatori potenziali hanno accesso almeno a tecnologie con un rapporto costo-efficacia equivalente a quello delle tecnologie utilizzate dagli operatori già insediati o ad altri vantaggi concorrenziali che consentano loro di competere in maniera efficace. Quando i nuovi operatori potenziali si trovano allo stesso livello tecnologico degli operatori già insediati o ad un livello inferiore senza disporre di altri significativi vantaggi concorrenziali, l'ingresso è più rischioso e meno efficace;
 - v) la posizione degli acquirenti e la loro capacità di introdurre sul mercato nuove fonti di concorrenza. Il fatto che taluni acquirenti forti possano essere in grado di strappare condizioni più favorevoli alle parti dell'accordo rispetto ai loro concorrenti più deboli è irrilevante⁽⁹⁶⁾. La presenza di acquirenti forti può verosimilmente servire a confutare una prima conclusione, secondo cui la concorrenza verrebbe eliminata, solo se è probabile che gli acquirenti in questione agevoleranno l'ingresso effettivo di nuovi operatori;
 - vi) la possibile risposta degli operatori già presenti al tentativo di ingresso di nuovi operatori. Gli operatori già presenti possono ad esempio aver acquisito attraverso la loro condotta passata una reputazione di aggressività, che può avere un'influenza sui nuovi operatori che intendano entrare sul mercato;
 - vii) le prospettive economiche del settore, le quali possono essere un indicatore della sua attrattiva a lungo termine. I settori in stagnazione o in recessione sono meno attrattivi per i nuovi operatori rispetto ai settori in crescita;
 - viii) l'ingresso su scala significativa di nuovi operatori in passato o la sua assenza.
116. Questi principi possono essere illustrati dagli esempi seguenti, di carattere ipotetico, che non hanno lo scopo di fissare soglie:

L'impresa A è un fabbricante di birra che detiene il 70 % del mercato rilevante, compresa la vendita di birra nei caffè ed in altri luoghi di consumo sul posto. Negli ultimi cinque anni, A ha aumentato la propria quota di mercato, che era del 60 %. Ci sono quattro altri concorrenti sul mercato, B, C, D e E, che detengono rispettivamente quote di mercato del 10 %, 10 %, 5 % e 5 %. Non vi è stato alcun nuovo ingresso sul mercato nel passato recente e le modifiche di prezzo applicate da A sono state generalmente adottate anche dai suoi concorrenti. A conclude accordi con il 20 % del settore dei luoghi di consumo sul posto, che rappresentano il 40 % del suo volume di vendite, in base ai quali le parti contraenti si impegnano ad acquistare birra soltanto da A per un periodo di cinque anni. Questi accordi aumentano i costi e riducono le entrate dei concorrenti, a cui sono preclusi gli sbocchi più interessanti. Vista la posizione di A sul mercato, che si è rafforzata nel corso degli anni precedenti, la mancanza di nuovi ingressi sul mercato e la posizione già debole dei concorrenti, è probabile che la concorrenza sul mercato venga eliminata ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3.

Le società di trasporto A, B, C e D, che detengono insieme più del 70 % del mercato rilevante, concludono un accordo in base al quale decidono di coordinare i propri orari e le proprie tariffe. A seguito dell'attuazione dell'accordo, gli aumenti dei prezzi sono compresi tra il 30 e il 100 %. Ci sono altri quattro operatori, il più importante tra questi detiene circa il 14 % del mercato rilevante. Non c'è stato alcun nuovo ingresso sul mercato negli ultimi anni e le parti dell'accordo non hanno perso quote di

mercato significative a seguito degli aumenti di prezzo. I concorrenti esistenti non hanno portato sul mercato una nuova capacità significativa e non vi sono stati nuovi ingressi. Vista la posizione delle parti sul mercato e l'assenza di reazioni dei concorrenti alla loro condotta comune, si può ragionevolmente pensare che le parti dell'accordo non siano soggette ad effettive pressioni concorrenziali e che l'accordo dia loro la possibilità di eliminare la concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 3.

A è un produttore di apparecchiature elettriche per uso professionale e detiene una quota di mercato del 65 % sul mercato rilevante. B è un produttore concorrente, che detiene il 5 % del mercato e che ha sviluppato un nuovo tipo di motore che è più potente pur consumando meno elettricità. A e B concludono un accordo in virtù del quale costituiscono un'impresa comune di produzione per la fabbricazione del nuovo motore. B si impegna a rilasciare una licenza esclusiva all'impresa comune. L'impresa comune combina la nuova tecnologia di B con gli efficaci processi di produzione e di controllo qualità di A. Esiste un altro grosso concorrente, che detiene il 15 % del mercato. Un altro concorrente, con una quota di mercato del 5 %, è stato appena acquisito da C, grosso produttore internazionale di apparecchiature elettriche concorrenti, che possiede tecnologie efficienti. C non ha finora operato su tale mercato, principalmente perché i clienti desiderano una presenza locale ed un servizio clienti. Attraverso l'acquisizione, C ottiene l'accesso all'organizzazione di servizio clienti necessaria per penetrare sul mercato. L'ingresso sul mercato di C garantirà probabilmente che la concorrenza non venga eliminata.

(¹) Di seguito, il termine «accordo» comprende le pratiche concordate e le decisioni di associazioni di imprese.

(²) GU L 1 del 4.1.2003, pag. 1.

(³) Tutti i regolamenti di esenzione per categoria e tutte le comunicazioni della Commissione attualmente in vigore sono disponibili sul sito web della DG Concorrenza al seguente indirizzo: <http://www.europa.eu.int/comm/dgs/competition>.

(⁴) Cfr. infra, punto 36.

(⁵) Cfr. comunicazione della Commissione — Linee direttrici sulle restrizioni verticali (GU C 291 del 13.10.2000, pag. 1), comunicazione della Commissione — Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale (GU C 3 del 6.1.2001, pag. 2) e comunicazione della Commissione — Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di trasferimento di tecnologia (non ancora pubblicata).

(⁶) La nozione del pregiudizio al commercio tra Stati membri è oggetto di linee direttrici distinte.

(⁷) Di seguito, il termine «restrizione» comprende l'impedimento e la distorsione della concorrenza.

(⁸) Sulla base dell'articolo 81, paragrafo 2, tali accordi sono nulli di pieno diritto.

(⁹) L'articolo 81, paragrafo 1 vieta sia gli effetti anticoncorrenziali effettivi che quelli potenziali, cfr. causa C-7/95 P, John Deere/Commissione (John Deere), Raccolta 1998, pag. I-3111, punto 77.

(¹⁰) Cfr. causa T-65/98, Van den Bergh Foods Ltd/Commissione delle Comunità europee (Van den Bergh Foods), Raccolta 2003, punto 107 e causa T-112/99, Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom e Télévision française 1 SA (TF1)/Commissione delle Comunità europee [Métropole télévision (M6) e a.], Raccolta 2001, pag. II-2459, punto 74, nella quale il Tribunale di primo grado ha stabilito che solo nel preciso ambito dell'articolo 81, paragrafo 3, può intervenire una valutazione comparata degli aspetti pro- e anticoncorrenziali di una restrizione.

(¹¹) Cfr. supra, nota 5.

(¹²) Cfr. causa C-49/92 P, Commissione delle Comunità europee/Anic Partecipazioni SpA (Anic Partecipazioni), Raccolta 1999, pag. I-4125, punto 116; cause riunite da 40/73 a 48/73 e a., Cooperatieve Vereniging Suiker Unie e a./Commissione (Suiker Unie), Raccolta 1975, pag. 1663, punto 173.

(¹³) Cfr. in questo senso il punto 108 della sentenza nella causa Anic Partecipazioni di cui alla nota precedente e la causa C-277/87 Sandoz prodotti farmaceutici SpA/Commissione delle Comunità europee (Sandoz Prodotti), Raccolta 1990, pag. I-45.

- ⁽¹⁴⁾ Cfr. a tale proposito causa 14/68, *Walt Wilhelm e a./Bundeskartellamt (Walt Wilhelm)*, Raccolta 1969, pag. 1 e, più recentemente, causa T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin/Commissione delle Comunità europee (Michelin II)*, Raccolta 2003, punto 112.
- ⁽¹⁵⁾ Cfr. cause riunite T-25/95 e altre, *Cimenteries CBR e a./Commissione delle Comunità europee (Cimenteries CBR)*, Raccolta 2000, pag. II-491, punti 1849 e 1852; cause riunite T-202/98 e altre, *Tate & Lyle plc, British Sugar plc e Napier Brown & Co. Ltd/Commissione delle Comunità europee (British Sugar)*, Raccolta 2001, pag. II-2035, punti da 58 a 60.
- ⁽¹⁶⁾ Cfr. a tale proposito causa C-453/99, *Courage Ltd/Bernard Crehan e Bernard Crehan/Courage Ltd e a. (Courage/Crehan)*, Raccolta 2001, pag. I-6297, e punto 3444 della sentenza nella causa *Cimenteries CBR* citata nella nota precedente.
- ⁽¹⁷⁾ Cfr. al proposito cause riunite C-2/01 P e C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV e Commissione delle Comunità europee/Bayer AG (Bundesverband der Arzneimittel-Importeure)*, Raccolta 2004, punto 102.
- ⁽¹⁸⁾ Cfr. cause riunite 25/84 e 26/84, *Ford Werke AG e Ford of Europe/Commissione delle Comunità europee (Ford)*, Raccolta 1985, pag. 2725.
- ⁽¹⁹⁾ Cfr. a tale proposito punto 141 della sentenza nella causa *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure*, citata alla nota 17.
- ⁽²⁰⁾ Cfr. causa 56/65, *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm GmbH (Société Technique Minière)*, Raccolta 1966, pag. 337 e punto 76 della sentenza nella causa *John Deere*, citata alla nota 9.
- ⁽²¹⁾ Cfr. al proposito cause riunite 56/64 e 58/66, *Consten e Grundig/Commissione delle Comunità europee (Consten e Grundig)*, Raccolta 1966, pag. 429.
- ⁽²²⁾ Cfr. a questo proposito, ad esempio, le decisioni della Commissione nel caso *Elopak/Metal Box Odin* (GU L 209 dell'8.8.1990, pag. 15), e nel caso *TPS* (GU L 90 del 2.4.1999, pag. 6).
- ⁽²³⁾ Cfr. a tale proposito sentenza nella causa *Société Technique Minière* citata alla nota 20, e la causa 258/78, *L.C. Nungesser KG e Kurt Eisele/Commissione delle Comunità europee (Nungesser)*, Raccolta 1982, pag. 2015.
- ⁽²⁴⁾ Cfr. la regola 10 al punto 119 delle Linee direttrici sulle restrizioni verticali citate alla nota 5, secondo la quale, tra l'altro, le restrizioni delle vendite passive — una restrizione fondamentale — sono considerate non ricadere nell'ambito d'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1 per un periodo di 2 anni quando le restrizioni stesse sono collegate alla penetrazione di nuovi mercati del prodotto o geografici.
- ⁽²⁵⁾ Cfr. punto 99 della sentenza nella causa *Anic Partecipazioni* citata alla nota 12.
- ⁽²⁶⁾ Cfr. *infra*, punto 46.
- ⁽²⁷⁾ Cfr. cause riunite 29/83 e 30/83, *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA e Rheinzink GmbH/Commissione delle Comunità europee (CRAM e Rheinzink)*, Raccolta 1984, pag. 1679, punto 26, e cause riunite 96/82 e altre, *NV IAZ International Belgium e a./Commissione delle Comunità europee (ANSEAU-NAVEWA)*, Raccolta 1983, pag. 3369, punti 23-25.
- ⁽²⁸⁾ Cfr. le linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale, citate alla nota 5, punto 25, e l'articolo 5 del regolamento n. 2658/2000 della Commissione relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi di specializzazione (GU L 304 del 5.12.2000, pag. 3).
- ⁽²⁹⁾ Cfr. articolo 4 del regolamento n. 2790/1999 della Commissione relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (GU L 336 del 29.12.1999, pag. 21), e le linee direttrici sulle restrizioni verticali citate alla nota 5, punti 46 e segg. Cfr. inoltre causa *Tipp-ex GmbH & Co KG/Commissione delle Comunità europee (Tipp-Ex)*, Raccolta 1990, pag. I-261, e causa T-62/98, *Volkswagen AG/Commissione delle Comunità europee (Volkswagen)*, Raccolta 2000, pag. II-2707, punto 178.
- ⁽³⁰⁾ Cfr. punto 77 della sentenza nella causa *John Deere*, citata alla nota 9.
- ⁽³¹⁾ Non è sufficiente di per sé che l'accordo limiti la libertà di azione di una o più parti, cfr. punti 76 e 77 della sentenza nella causa *Métropole télévision (M6) e a.*, citata alla nota 10. Questo è in linea con il fatto che l'oggetto dell'articolo 81 è quello di tutelare la concorrenza sul mercato a beneficio dei consumatori.
- ⁽³²⁾ Cfr. causa 5/69, *Franz Völk/J. Vervaecke s.p.r.l. (Völk)*, Raccolta 1969, pag. 295, punto 7. Elementi d'interpretazione sul concetto di «incidenza sensibile» sono contenuti nella comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità europea (*de minimis*), (GU C 368 del 22.12.2001, pag. 13). La comunicazione dà una definizione in negativo di tale concetto. Gli accordi che non rientrano nel campo di applicazione della comunicazione «*de minimis*» non hanno necessariamente effetti sensibili sulla concorrenza. È necessario in tal caso procedere ad una valutazione individuale.
- ⁽³³⁾ Cfr. in proposito cause riunite T-374/94 e altre, *European Night Services e a./Commissione delle Comunità europee (European Night Services)*, Raccolta 1998, pag. II-3141.
- ⁽³⁴⁾ Cfr. nota 32.
- ⁽³⁵⁾ Cfr. a tale proposito la comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (GU C 372 del 9.12.1997, pag. 5).
- ⁽³⁶⁾ Cfr. nota 5 per il riferimento alla GU.
- ⁽³⁷⁾ Cfr. punto 104 della sentenza nella causa *Métropole télévision (M6) e a.*, citata alla nota 10.
- ⁽³⁸⁾ Cfr. causa C-399/93, *H.G. Oude Luttikhuis e a./Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA. (Luttikhuis)*, Raccolta 1995, pag. I-4515, punti da 12 a 14.
- ⁽³⁹⁾ Cfr. a questo riguardo i punti 118 e segg. della sentenza nella causa *Métropole télévision (M6) e a.*, citata alla nota 10.
- ⁽⁴⁰⁾ Cfr. punto 107 della sentenza nella causa *Métropole télévision (M6) e a.*, citata alla nota 10.
- ⁽⁴¹⁾ Cfr. la decisione della Commissione nel caso *Elopak/Metal Box — Odin* (GU L 209 dell'8.8.1990, pag. 15).
- ⁽⁴²⁾ Cfr. causa 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH/Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis (Pronuptia)*, Raccolta 1986, pag. 353.
- ⁽⁴³⁾ Cfr. nota 22. La decisione è stata confermata dal Tribunale di primo grado nella sentenza nella causa *Métropole télévision (M6) e a.*, citata alla nota 10.
- ⁽⁴⁴⁾ I risparmi sui costi e altri guadagni per le parti derivanti dal puro esercizio del potere di mercato delle parti non danno luogo a benefici obiettivi e non possono dunque essere presi in considerazione (cfr. *infra*, punto 49).

- (45) Cfr. sentenza nella causa Consten e Grundig, citata alla nota 21.
- (46) Il fatto che un accordo benefico dell'esenzione per categoria non indica di per sé che gli accordi individuali rientrino nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1.
- (47) Cfr. causa C-234/89, *Delimitis/Henninger Bräu AG* (Delimitis), Raccolta 1991, pag. I-935, punto 46.
- (48) L'articolo 36, paragrafo 4 del regolamento n. 1/2003 ha, tra l'altro, soppresso l'articolo 5 del regolamento n. 1017/68 relativo all'applicazione di regole di concorrenza ai settori dei trasporti ferroviari, su strada e per vie navigabili. Tuttavia, le decisioni adottate in applicazione del regolamento n. 1017/68 rimangono rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 nel settore dei trasporti terrestri.
- (49) Cfr. infra, punto 42.
- (50) Cfr. sentenza nella causa *Société Technique Minière*, citata alla nota 20.
- (51) Cfr. a questo riguardo causa 319/82, *Société de vente de ciments et betons de l'Est SA/Kerpen und Kerpen GmbH und Co. KG* (Kerpen & Kerpen), Raccolta 1983, pag. 4173, punti 11 e 12.
- (52) Cfr. causa T-185/00 e altre, *Métropole télévision SA (M6)/Commissione delle Comunità europee [Métropole télévision (M6)]*, Raccolta 2002, pag. II-3805, punto 86; causa T-17/93, *Matra Hachette/Commissione delle Comunità europee (Matra)*, Raccolta 1994, pag. II-595, punto 85; cause riunite 43/82 e 63/82, *Vereniging ter bevordering van het vlaamse boekwezen, VBVB, e Vereniging ter bevordering van de belangen des boeckhandels, VBBB/Commissione delle Comunità europee (VBVB e VBBB)*, Raccolta 1984, pag. 19, punto 61.
- (53) Cfr. causa T-213/00, *CMA CGM e a./Commissione delle Comunità europee (CMA CGM)*, Raccolta 2003, punto 226.
- (54) Cfr. a tal proposito implicitamente il punto 139 della sentenza *Matra* citata alla nota 52 e la causa 26/72, *Metro (I)*, Raccolta 1977, pag. 1875, punto 43.
- (55) Sulla nozione di utilizzatori cfr. il punto 83 infra, dove si precisa che gli utilizzatori sono i clienti delle parti dell'accordo ed i successivi acquirenti. Le parti stesse non sono «utilizzatori» ai fini dell'articolo 81, paragrafo 3.
- (56) La valutazione deve riferirsi specificamente al mercato di cui trattasi. Cfr. in proposito causa T-131/99, *Michael Hamilton Shaw e Timothy John Falla/Commissione delle Comunità europee (Shaw)*, Raccolta 2002, pag. II-2023, punto 163, nella quale il Tribunale di primo grado ha stabilito che la valutazione in base all'articolo 81, paragrafo 3 deve essere ricondotta sullo stesso piano di analisi utilizzato per l'esame degli effetti restrittivi; e causa C-360/92 P, *Publishers Association/Commissione delle Comunità europee (Publishers Association)*, Raccolta 1995, pag. I-23, punto 29, nella quale la Corte di giustizia ha stabilito che, se il mercato rilevante trascende il mercato nazionale, non è corretto, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, considerare esclusivamente gli effetti prodotti sul territorio nazionale.
- (57) Nella causa T-86/95, *Compagnie générale maritime e a./Commissione delle Comunità europee (Compagnie générale maritime e a.)*, Raccolta 2002, pag. II-1011, punti da 343 a 345, il Tribunale di primo grado ha indicato che l'articolo 81, paragrafo 3, non esige che i benefici siano collegati ad un mercato specifico e che in taluni casi si debba considerare i benefici per «qualsiasi altro mercato su cui l'accordo controverso possa produrre effetti favorevoli, ossia, più in generale, per qualsiasi servizio la cui qualità o efficacia possa migliorare per effetto dell'esistenza di tale accordo». È importante sottolineare che in questo caso il gruppo di consumatori interessato era lo stesso. La causa aveva per oggetto servizi di trasporto multimodale che comprendevano, tra l'altro, un insieme di servizi di trasporto marittimo e terrestre forniti alle compagnie di navigazione in tutta la Comunità. Le restrizioni concernevano i servizi di trasporto terrestre, che erano considerati costituire un mercato a sé stante, mentre si riteneva che i vantaggi derivassero dai servizi di trasporto marittimo. Entrambi i servizi erano richiesti dai caricatori richiedenti servizi di trasporti multimediali fra l'Europa del nord e il sud est e l'est asiatico. La sentenza nella causa *CMA CGM*, citata supra nella nota 53, riguardava anche una situazione in cui l'accordo, benché riguardasse diversi distinti servizi, influenzava lo stesso gruppo di consumatori, ovverosia i caricatori dei prodotti in container fra il nord dell'Europa e l'estremo oriente. In base all'accordo, le parti avevano fissato prezzi e sovrapprezzi riguardanti i servizi di trasporto interni, i servizi portuali ed i servizi di trasporto marittimi. Il Tribunale di primo grado ha statuito (cfr. i punti 226 a 228) che, tenuto conto delle circostanze del caso, non era necessario definire il mercato rilevante al fine dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3. L'accordo era restrittivo della concorrenza per il suo stesso oggetto e non esistevano benefici per i consumatori.
- (58) Cfr. i punti 126 e 132 delle Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale citati alla nota 5.
- (59) Cfr. la sentenza nella causa *Ford*, citata alla nota 18.
- (60) Cfr. a tale proposito, ad esempio, decisione della Commissione nel caso *TPS* (GU L 90 del 2.4.1999, pag. 6). Analogamente, il divieto posto dall'articolo 81, paragrafo 1 si applica soltanto fintantoché l'accordo ha per oggetto o per effetto una restrizione della concorrenza.
- (61) Cfr. punto 85 della sentenza nella causa *Matra*, citata alla nota 52.
- (62) Cfr. infra, punto 49, per quanto riguarda questo requisito.
- (63) Cfr. causa T-29/92, *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid e a./Commissione delle Comunità europee [Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO)]*, Raccolta 1995, pag. II-289.
- (64) Cfr. causa 258/78, *L.C. Nungesser Kg e Kurt Eisele/Commissione delle Comunità europee (Nungesser)*, Raccolta 1982, pag. 2015, punto 77, concernente la protezione territoriale assoluta.
- (65) Cfr. a tale proposito punto 298 della sentenza nella causa *SPO* citata alla nota 63.
- (66) Le disposizioni nazionali devono, tra l'altro, conformarsi alle norme del trattato in materia di libera circolazione delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali.
- (67) Cfr. sentenza nella causa *Consten e Grundig*, citata alla nota 21.
- (68) Cfr. a tale proposito decisione della Commissione nel caso *Van den Bergh Foods Limited* (GU L 246 del 4.9.1998, pag. 1).
- (69) Cfr. a tale proposito decisione della Commissione nel caso *Glaxo Wellcome* (GU L 302 del 17.11.2001, pag. 1).
- (70) Cfr. decisioni della Commissione nel caso *GEAE/P&W* (GU L 58 del 3.3.2000, pag. 16), nel caso *British Interactive Broadcasting/Open* (GU L 312 del 6.12.1999, pag. 1), e nel caso *Asahi/Saint Gobain* (GU L 354 del 31.12.1994, pag. 87).
- (71) Cfr. decisione della Commissione nel caso *Atlas* (GU L 239 del 19.9.1996, pag. 23), e decisione nel caso *Phoenix/Global One* (GU L 239 del 19.9.1996, pag. 57).
- (72) Cfr. decisione della Commissione nel caso *Eurocheques uniformi* (GU L 35 del 7.2.1985, pag. 43).
- (73) Cfr. decisione della Commissione nel caso *Cégétel + 4* (GU L 218 del 18.8.1999, pag. 14).

- (74) Cfr. supra, punto 18, per quanto concerne la prima questione, che può essere rilevante ai fini dell'articolo 81, paragrafo 1.
- (75) Vi è di norma un punto raggiunto il quale le economie di scala si esauriscono. Al di là di tale punto il costo medio si stabilizza e poi aumenta, ad esempio a causa dei vincoli di capacità o di strozzature.
- (76) Cfr. a tale proposito punti da 392 a 395 della sentenza nella causa *Compagnie Générale Maritime e a.*, citata alla nota 57.
- (77) Cfr. punto 116 delle linee direttrici sulle restrizioni verticali, citate alla nota 5, per maggiori dettagli.
- (78) Cfr. cause riunite T-374/94 e altre, *European Night Services e a./Commissione delle Comunità europee (European Night Services)*, Raccolta 1998, pag. II-3141, punto 230.
- (79) Cfr. regolamento n. 2790/1999 della Commissione relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (GU L 336 del 29.12.1999, pag. 21).
- (80) Cfr. a tale proposito la sentenza nella causa *Consten e Grundig* citata alla nota 21, nella quale la Corte di giustizia ha stabilito che i miglioramenti ai sensi della prima condizione dell'articolo 81, paragrafo 3 devono presentare vantaggi oggettivi sensibili, tali da compensare gli inconvenienti che ne derivano sul piano della concorrenza.
- (81) Si ricorda che gli effetti positivi e negativi sui consumatori sono in principio soppesati nel quadro di ciascun mercato rilevante (cfr. supra paragrafo 43).
- (82) Cfr. a tale proposito punto 48 della sentenza nella causa *Metro (I)*, citata alla nota 54.
- (83) Cfr. punto 163 della sentenza nella causa *Shaw*, citata alla nota 56.
- (84) Per praticità, nelle sezioni seguenti ci si riferisce agli effetti negativi per la concorrenza in termini di prezzi più elevati; tali effetti negativi per la concorrenza potrebbero tuttavia anche consistere in un livello di qualità inferiore, in una minore varietà o in una minore innovazione di quanto si sarebbe altrimenti verificato.
- (85) In regime di concorrenza perfetta, le singole imprese devono accettare i prezzi del mercato. Esse vendono i loro prodotti al prezzo di mercato, che è determinato dall'offerta e dalla domanda complessive. La produzione delle singole imprese è talmente limitata che una variazione della produzione di una singola impresa non influenza il prezzo di mercato.
- (86) La collusione tacita tra imprese si verifica quando, in un mercato oligopolistico, esse sono in grado di coordinare il loro comportamento sul mercato senza ricorrere ad un accordo di cartello esplicito.
- (87) Il termine indica quelle imprese che limitano l'azione delle altre imprese del mercato in materia di prezzi che avrebbero altrimenti potuto adottare un comportamento di collusione tacita.
- (88) L'accordo restrittivo può addirittura permettere alle imprese in questione di praticare un prezzo più elevato ai clienti con una bassa elasticità della domanda.
- (89) Cfr. cause riunite T-191/98, T-212/98 e T-214/98, *Atlantic Container Line AB e a./Commissione delle Comunità europee [Atlantic Container Line (TACA)]*, Raccolta 2002, pag. II-875, punto 330.
- (90) Cfr. cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie marittime belge e a./Commissione delle Comunità europee (Compagnie Marittime Belge)*, Raccolta 2000, pag. I-1365, punto 130. Analogamente, l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 non pregiudica l'applicazione delle norme del trattato in materia di libera circolazione delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali. Tali disposizioni trovano applicazione, in talune circostanze, in relazione agli accordi, alle decisioni e alle pratiche concordate ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1; cfr. a tale proposito causa C-309/99, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV / Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, (Wouters)*, Raccolta 2002, pag. I-1577, punto 120.
- (91) Cfr. a tale proposito causa T-51/89, *Tetra Pak Rausing SA/Commissione delle Comunità europee (Tetra Pak)*, Raccolta 1990, pag. II-309 e cause riunite T-191/98, T-212/98 e T-214/98, *Atlantic Container Line AB e a./Commissione delle Comunità europee [Atlantic Container Line (TACA)]*, Raccolta 2003, pag. . . . , punto 1456.
- (92) In tal senso devono essere interpretati il punto 135 delle linee direttrici sulle restrizioni verticali ed i punti 36, 71, 105, 134 e 155 delle linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale, citate alla nota 5, quando stabiliscono che in linea di massima gli accordi restrittivi conclusi dalle imprese dominanti non possono essere esentati.
- (93) Le imprese comuni che esercitano stabilmente tutte le funzioni di una entità economica autonoma rientrano nel campo di applicazione del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (GU L 257 del 21.9.1990, pag. 13).
- (94) Cfr. punto 21 della sentenza nella causa *Metro (I)* citata alla nota 54.
- (95) Cfr. supra, punto 97.
- (96) Cfr. a tale proposito causa T-228/97, *Irish Sugar plc/Commissione delle Comunità europee (Irish Sugar)*, Raccolta 1999, pag. II-2969, punto 101.
-