



**Pietro Manzini\***

## Emergenza e concorrenza

SOMMARIO: 1. La necessità di un approccio emergenziale all’applicazione del diritto antitrust europeo. - 2. La comunicazione della Commissione del 8 aprile 2020 sulla cooperazione commerciale tra imprese in risposta alla pandemia di Covid-19. - 3. Il fondamento giuridico per le deroghe dell’applicazione del divieto di intese sulla produzione di farmaci e dispositivi medicali.

1. Mentre risulta dal testo stesso dell’art. 107 che il divieto di aiuti concessi dagli Stati può essere derogato in caso di situazioni emergenziali<sup>1</sup>, nulla di analogo sembrerebbe previsto nelle disposizioni antitrust *stricto sensu*, ossia gli articoli 101 e 102<sup>2</sup>.

Ciò nonostante la pandemia di Covid-19 ha fatto emergere che anche per le suddette norme può risultare necessario un approccio emergenziale alla loro applicazione. Infatti dalla crisi sanitaria sono emerse due nuove

---

\* Professore ordinario di Diritto dell’Unione europea nell’Università di Bologna *Alma Mater Studiorum*.

<sup>1</sup> L’art. 107, par. 2, lett. b) prevede che siano compatibili con il mercato interno gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali; il par. 3, lett. b) della medesima norma stabilisce a sua volta che possano essere considerati compatibili con il mercato interno gli aiuti destinati a porre rimedio ad un grave turbamento dell’economia di uno Stato membro. Su tali basi la Commissione ha adottato, per quel che riguarda la pandemia di Covid-19, il Temporary Framework del 19 marzo 2020 (C(2020) 1863, successivamente emendato mediante (C(2020) 2215) il 3 aprile 2020.

<sup>2</sup> Risulterà dalla presente nota che in relazione all’art. 101 questa affermazione deve essere più precisamente calibrata.

esigenze, di segno opposto nella prospettiva antitrust. Per un verso, l'emergenza può incrementare le occasioni di condotte commerciali anticoncorrenziali che, in tale contesto, risultano aggravate anche sotto il profilo etico. Si pensi ad esempio alla ritardata immissione sul mercato dei farmaci o dei dispositivi medicali con il fine di creare una artificiale carenza degli stessi e un conseguente incremento del loro prezzo di vendita. Tali possibilità impongono una ancora più attenta e severa applicazione dei divieti antitrust. Tuttavia, per altro verso, l'emergenza sanitaria ha evidenziato anche la necessità di un'azione solidale tra imprese al fine di coordinare e razionalizzare la produzione e la distribuzione di beni essenziali atti a fronteggiare la pandemia. Ciò impone un rilassamento del divieto delle pratiche di coordinamento tra imprese previsto dall'art. 101.

Con la comunicazione dell'8 aprile 2020 sulla cooperazione commerciale tra imprese in risposta alla pandemia di Covid-19<sup>3</sup>, la Commissione ha riconosciuto entrambe le suddette esigenze. Quanto alla prima, dato che essa spinge per un'applicazione rigorosa delle norme antitrust, la Commissione ha potuto limitarsi a confermare che non intende tollerare comportamenti che cercano opportunisticamente di utilizzare la crisi come un copertura per la collusione anticoncorrenziale o per sfruttare una posizione dominante (eventualmente conferita dalle particolari circostanze), ad esempio applicando prezzi superiori al normale livello competitivo o ostacolando i tentativi di aumentare la produzione per far fronte a carenze di offerta<sup>4</sup>.

Quanto alla seconda esigenza, comportando la necessità di non applicare i divieti ad intese che, di principio, sarebbero invece restrittive della concorrenza, la Commissione ha dovuto elaborare una risposta più articolata. In effetti essa ha riconosciuto che nel corso della pandemia possono prodursi situazioni di penuria di beni e servizi essenziali risultanti, non solo da una crescita rapida ed esponenziale del loro uso, ma anche a causa della formazione di scorte, o di un inserimento delle imprese produttive in regime di quarantena, ovvero di divieti di esportazione da parte dei paesi produttori. In queste circostanze è possibile che le imprese possano ritenere opportuno, per rispondere più efficientemente a tale penuria, decidere in maniera concordata un aumento della produzione dei farmaci e dei dispositivi

---

<sup>3</sup> Comunicazione della Commissione dell'8 aprile 2020 C(2020) 3200 final, *Temporary Framework for assessing antitrust issues related to business cooperation in response to situations of urgency stemming from the current COVID-19 outbreak*. In pari data sono stati pubblicati sulla Gazzetta ufficiale gli orientamenti della Commissione sull'approvvigionamento ottimale di farmaci per evitare carenze durante la pandemia di Covid-19, in GUUE C 116 I/1.

<sup>4</sup> Comunicazione 8 aprile 2020, cit., punto 20.

medicali richiesti dall'emergenza e, se ciò è necessario per ottenere tale obiettivo, anche una riduzione della produzione di quelli non immediatamente funzionali a fronteggiare la crisi. Alternativamente le imprese potrebbero ritenere appropriato concentrare la produzione di farmaci emergenziali in determinati impianti in ragione delle caratteristiche tecniche degli stessi o delle loro più adeguate dimensioni.

2. La posizione assunta dalla Commissione nella comunicazione investe sia il profilo sostanziale del diritto antitrust che taluni aspetti procedurali relativi alla sua applicazione.

Per quanto riguarda il profilo sostanziale, la Commissione configura due categorie di misure commerciali connesse all'emergenza Covid-19: l'una che raccoglie le condotte che di principio non sollevano preoccupazione in materia di antitrust, l'altra nella quale rientrano invece i comportamenti normalmente problematici sotto tale profilo, ma che, in considerazione delle circostanze emergenziali, non danno luogo ad un suo intervento repressivo.

Nella prima categoria la Commissione fa rientrare l'ipotesi di affidamento a un'associazione di rappresentanza imprenditoriale o comunque ad un soggetto terzo ed indipendente rispetto alle imprese interessate (ad esempio un consulente, o fornitore di servizi, o un ente pubblico) talune attività collegate all'esigenza di superare criticità nei rifornimenti di farmaci. Tali attività potrebbero consistere ad esempio nel: a) coordinamento del trasporto congiunto per i materiali in entrata; b) individuazione di farmaci essenziali per i quali vi sono rischi di penuria; c) aggregazione di informazioni sulla produzione e sulla capacità produttive; d) preparazione di modelli per prevedere la domanda a livello di Stato membro e identificare le eventuali carenze di rifornimento; e) condivisione di informazioni aggregate sulle carenze di approvvigionamento e l'accertamento della capacità delle imprese di soddisfare la penuria. La condizione essenziale per la legittimità di queste attività è che le imprese evitino di comunicarsi informazioni aziendali sensibili di carattere individualizzato<sup>5</sup>.

Alla categoria di condotte normalmente problematiche sotto il profilo antitrust ma ammissibili, data l'emergenza, la Commissione riconduce: a) le misure per adattare la produzione, la gestione delle scorte e, potenzialmente, la distribuzione che comportano lo scambio di informazioni sensibili dal punto di vista commerciale e b) il coordinamento relativo alla concentrazione della produzione in un unico sito e/o alla razionalizzazione

---

<sup>5</sup> Secondo quanto indicato nelle linee direttrici della Commissione sull'applicabilità di articolo 101 del TFUE agli accordi di cooperazione orizzontale, in GUUE C 11/1., par. 55 ss.

della stessa. Secondo la Commissione, tali condotte in considerazione della situazione di emergenza, non risultano rischiose per il diritto antitrust o comunque non danno luogo ad una priorità esecutiva. Ciò però se sono soddisfatte tre condizioni: (i) esse sono effettivamente necessarie per aumentare la produzione nel modo più efficiente per affrontare o evitare una carenza di fornitura di prodotti o servizi essenziali per il trattamento dei pazienti Covid-19; (ii) sono temporanee, cioè da applicare solo fino a quando v'è un rischio di carenza o comunque durante l'epidemia; e (iii) esse non devono superare quanto strettamente necessario per affrontare o evitare la scarsità dell'offerta. A tale fine – precisa la Commissione - le imprese dovrebbero documentare tutti gli scambi e gli accordi conclusi e metterli a disposizione della Commissione su richiesta<sup>6</sup>.

La Commissione infine precisa che il fatto che una cooperazione sia incoraggiata e/o coordinata da un'autorità pubblica è un fattore preso in considerazione per concludere nel senso dell'assenza di problematicità o di priorità applicativa. Nel caso poi la cooperazione temporanea tra imprese sia richiesta obbligatoriamente da parte delle autorità pubbliche come risposta ad una situazione di emergenza legata all'epidemia di Covid-19 essa è senz'altro è consentita<sup>7</sup>.

L'ultimo elemento della comunicazione dell'8 aprile 2020 riguarda, come accennato, il profilo procedurale. È ben noto che a partire dall'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003, le imprese devono autonomamente valutare la compatibilità delle loro intese con le norme antitrust, non potendo più fare affidamento su un regime di esenzione preventiva, come quello originariamente stabilito dal regolamento n. 17/62. Tuttavia, la Commissione, date le circostanze, ha ritenuto opportuno rispolverare uno strumento che faceva parte del suddetto sistema di autorizzazione, vale a dire la *comfort letter*. Si trattava di una lettera amministrativa mediante la quale la Commissione comunicava alle imprese, ai fini della certezza del diritto, che l'intesa notificata, in base agli elementi comunicati, poteva ritenersi compatibile con il divieto previsto dall'art. 101. Nella stessa ottica di rafforzamento della certezza giuridica, la Commissione si è dichiarata disponibile, in via eccezionale e a propria discrezione, a fornire il proprio orientamento mediante una *comfort letter* quanto all'ammissibilità concorrenziale delle intese adottate dalle imprese per far fronte all'emergenza di Covid-19.

---

<sup>6</sup> Comunicazione 8 aprile 2020 cit., punto 15.

<sup>7</sup> *Ivi*, punto 16.

3. In assenza di indicazioni contenute nella comunicazione, occorre domandarsi se i provvedimenti in essa disposti trovino un qualche fondamento giuridico o debbano essere ritenuti adottati unicamente in considerazione delle circostanze emergenziali, nel qual caso la loro legittimità sarebbe evidentemente molto più dubbia. Ci si riferisce, in particolare, alle intese di coordinamento della produzione rientranti nella seconda categoria, che la stessa Commissione definisce ordinariamente problematiche per il diritto antitrust.

Ad avviso di chi scrive le intese anticoncorrenziali “legittimate” dalla comunicazione possono essere, in gran parte, ritenute coperte dalla deroga prevista dal par. 3 dell’art. 101, posto che appaiono soddisfare le quattro condizioni in esso stabilite. Sostanzialmente esse mirano a migliorare o garantire la produzione e l’efficiente distribuzione dei farmaci e dei dispositivi medicali, in modo che questi siano costantemente disponibili per gli utilizzatori a prezzi competitivi. Nella misura in cui sono strettamente funzionali al raggiungimento di questo obiettivo, tali intese inoltre non impongono restrizioni non indispensabili e non danno alle imprese coinvolte la possibilità di eliminare la concorrenza nel mercato di cui trattasi. La Comunicazione dunque ha solo la funzione di esprimere una posizione preventiva della Commissione quanto alla legittimità delle suddette intese, legittimità che comunque discende dall’art. 101, par. 3 e non dall’opinione dell’Istituzione. Pertanto a parziale correzione dell’affermazione iniziale della presente nota, secondo la quale le norme antitrust non prevedono deroghe in caso di situazioni emergenziali, occorre constatare che nulla nel par. 3 dell’art. 101 impedisce che esso si applichi anche in tali situazioni.

Qualche maggior dubbio potrebbe sorgere relativamente all’affermazione, anch’essa contenuta nella comunicazione, secondo la quale le intese tra imprese che sono imposte dalle autorità pubbliche per rispondere ad una situazione di emergenza legata all’epidemia di Covid-19 sono senz’altro consentite (v. *supra*). Infatti, si potrebbe osservare che, diversamente da quanto accade ad esempio per i divieti di restrizioni all’esportazione e all’importazione, nessuna norma del trattato consente agli Stati di derogare agli articoli 101 e 102 per ragioni di tutela della salute delle persone<sup>8</sup>. I dubbi potrebbero risultare accresciuti, ricordando che, secondo una giurisprudenza consolidata, il combinato disposto di tali disposizioni con l’art. 4, par. 3, TUE - che codifica il principio di leale collaborazione - obbliga gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei a

---

<sup>8</sup> V. art. 36 TFUE.

eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese, ad esempio agevolando la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 101<sup>9</sup>. Tuttavia, la legittimità delle intese di coordinamento della produzione di farmaci e dispositivi di contrasto al Covid-19 imposte dagli Stati potrebbe fondarsi sul principio, ricavabile dalla medesima giurisprudenza appena menzionata, secondo il quale lo Stato non viola il suo dovere di leale collaborazione relativamente al rispetto delle norme antitrust, se la normativa da esso adottata mantiene il suo carattere pubblico, evitando di delegare ad operatori privati la responsabilità di prendere decisioni d'intervento in materia economica<sup>10</sup>. Ciò però comporta – e la Commissione avrebbe fatto bene a menzionarlo – che il provvedimento di autorizzazione statale alla cooperazione temporanea tra imprese individui l'interesse pubblico perseguito e funzionalizzi l'autorizzazione al raggiungimento del medesimo.

---

<sup>9</sup> V. le sentenze della Corte di giustizia del 16 novembre 1977, causa 13/77, *INNO/ATAB*, ECLI:EU:C:1977:185, punto 31; 21 settembre 1988, causa 267/86, *Van Eycke*, ECLI:EU:C:1988:427, punto 16; 17 novembre 1993, causa C-185/91, *Reiff*, ECLI:EU:C:1993:886, punto 14; 9 giugno 1994, causa C-153/93, *Delta Schiffahrts-und Speditionsgesellschaft*, ECLI:EU:C:1994:240, punto 14; 5 ottobre 1995, causa C-96/94, *Centro Servizi Spediporto*, ECLI:EU:C:1995:308, punto 20; 19 febbraio 2002, causa C-35/99, *Arduino*, ECLI:EU:C:2002:97, punto 34; 9 settembre 2003, *CIF*, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430, punto 45.

<sup>10</sup> V. le precitate sentenze *Van Eycke*, punto 16; *Reiff*, punto 14; *Delta Schiffahrts-und Speditionsgesellschaft*, punto 14; *Centro Servizi Spediporto*, punto 21; *Arduino*, punto 35; *CIF*, punto 46.

## ABSTRACT

### *Emergency and competition*

In the antitrust perspective two new opposite demands have emerged from the Covid-19 crisis. On the one hand, the need for a stronger focus on collusive or abusive conduct favored by the circumstances of the pandemic, such as rising prices of medicines. On the other hand, the need for a softening of the prohibitions to allow solidarity action between companies willing to coordinate the production of essential goods to deal with the emergency. In the Communication of 8 April 2020, the Commission outlined solutions to address the second need. However, it has remained evasive as to the legal basis of these solutions.

### *Emergenza e concorrenza*

Nella prospettiva antitrust, dalla crisi sanitaria del Covid-19 sono emerse due nuove esigenze di segno opposto. Da un lato, la necessità di un'attenzione rafforzata verso quelle condotte collusive o abusive favorite dalle circostanze della pandemia, come l'incremento del prezzo dei farmaci. Dall'altro, la necessità di un ammorbidimento dei divieti per consentire un'azione solidale tra imprese, al fine di coordinare la produzione dei beni essenziali per fronteggiare l'emergenza. Con una comunicazione dell'8 aprile 2020, la Commissione ha delineato le soluzioni per affrontare la seconda esigenza. È rimasta però evasiva quanto al fondamento giuridico delle stesse.