

## NOTA ALLA DECISIONE DELL'AGCM: Lottomatica - Sisal

di Mattia Grassani\*

SOMMARIO: 1. Premessa - 1.1. Inquadramento normativo: art. 2, l. 287/1990, e confronto con l'art. 81, tratt. CE. ambito di applicazione - 1.2. Impresa e concorrenza: la *workable competition* - 2. Le intese restrittive della concorrenza - 2.1. Gli accordi tra imprese - 2.2. Le pratiche concordate - 3. Gli effetti sulla concorrenza - 3.1. Il comportamento di Lottomatica e Sisal: il mercato rilevante - 3.2. segue: Danni consistenti al mercato interno - 3.3. segue: La natura orizzontale dell'intesa - 4. Una pena mite - 4.1. La nullità degli accordi: profili sostanziali e profili processuali - 4.2. L'esenzione dal divieto di intese restrittive - 4.3. Intese restrittive della concorrenza: profili di risarcibilità - 5. Considerazioni conclusive.

### 1. Premessa

La globalizzazione dell'economia e la dimensione mondiale dei mercati sono fenomeni ormai acquisiti non solo nella cerchia degli studiosi del diritto e delle scienze economiche. Lontane da una soluzione, tuttavia, appaiono le sfide che tali fenomeni pongono agli interpreti, ai legislatori, in ultima analisi ai cittadini.

In un sistema economico fondato sul libero scambio e sulla concorrenza come motore dello sviluppo, il diritto antitrust si pone natu-

---

\* MATTIA GRASSIANI è avvocato specializzato in diritto sportivo, senior partner dell'omonimo studio legale associato, con sede in Bologna, consulente della Lega Pallacanestro Serie A, della Lega Nazionale Dilettanti della F.I.G.C., dell'A.DI.SE. (associazione dei direttori sportivi della F.I.G.C.), nonché di società tesserati operanti nelle federazioni di varie discipline (calcio, basket, motociclismo e rugby). Docente di diritto dello sport presso le Università di Bologna, Firenze, Milano e Cagliari.

ralmente come il terreno ideale per misurare la portata del cambiamento e le difficoltà di adattarsi alla nuova realtà.

La decisione dell'Autorità Garante per la Concorrenza e del Mercato (di seguito l'AGCM) che ha sancito la cessazione dell'intesa tra Lottomatica e Sisal, durata per tre anni (dal 2001 al 2004), diviene interessante non soltanto per l'entità delle sanzioni irrogate, comunque di modesta entità, ma, soprattutto, per i problemi che affronta, dalle intese restrittive della concorrenza all'abuso di posizione dominante, illecito, quest'ultimo, che la decisione non contempla.

Oggi, oltre ottanta paesi si sono dotati di una legislazione antitrust più o meno direttamente ispirata alle norme generali degli ordinamenti di riferimento, in primo luogo Stati Uniti e Unione Europea. Ma la diffusione della «cultura antitrust» non sembra sufficiente a garantire un'effettiva ed efficace applicazione delle regole di concorrenza a imprese di dimensione ormai globale, mentre pone importanti interrogativi l'esportazione di un modello normativo, figlio del capitalismo avanzato, in contesti ancora in una fase iniziale di sviluppo.

Il nostro sistema legislativo è arrivato all'appuntamento con la legge contro i monopoli (L. n. 287 del 10 ottobre 1990) con oltre un secolo di ritardo rispetto agli U.S.A. (lo *Sherman Act* è del 1890), e di alcuni decenni rispetto alle corrispondenti norme comunitarie e di gran parte degli altri paesi europei.

Da un primo punto di vista, la necessità di colpire illeciti che dispiegano i loro effetti in molteplici paesi, monitorando imprese quasi sempre multinazionali, pone problemi, squisitamente tecnici, ma dagli ovvi risvolti politici, di giurisdizione e di sovrapposizione di rimedi, con inevitabili ricadute in termini di certezza del diritto. Mentre si moltiplicano gli accordi bilaterali o multilaterali tra le autorità di controllo, appare, quindi, urgente riflettere sull'opportunità di creare regole condivise e sulla fonte che di tali regole debba farsi promotrice.

Infatti, alla luce della normativa italiana, la già citata L. 287/1990, ancor prima che questa detti i criteri di ripartizione delle competenze e di coordinamento fra organi nazionali e comunitari, già all'art. 1, co. 1, chiarisce che il principio fondamentale, cui il legislatore ha inteso attenersi, è quello di assegnare all'ordine interno un ambito di intervento in materia antitrust, delimitato «in negativo», nel senso che inizia laddove termina quello delle norme comunitarie.

Ne deriva che l'ambito residuale di intervento, riservato alla legislazione nazionale, manifesta la tendenza fisiologica a contrarsi.

In soccorso giunge il criterio generale, presente negli artt. 81 e 82 CE (che sarà oggetto di successiva trattazione), del «pregiudizio al commercio degli Stati membri», che traccia la linea di demarcazione fra i rispettivi ambiti di applicazione dei due ordinamenti (nazionale e comunitario), per quanto riguarda le intese e l'abuso di posizione dominante.

Stante, dunque, la regola di ripartizione territoriale fondata su tale principio, quanto alle intese vale la regola enunciata dall'art. 2, co. 2, della legge 287, secondo cui ricadono nella sfera di applicazione della legge nazionale esclusivamente gli accordi, i cui effetti concorrenziali si esauriscono «all'interno del mercato nazionale o di una sua parte rilevante».

Lottomatica e Sisal hanno concepito una intesa di livello transnazionale, che ha avuto i suoi più importanti effetti all'interno del mercato italiano, ma ha impedito la partecipazione a imprese straniere, intervenute nel procedimento in commento.

D'altra parte, sotto il profilo dei contenuti sostanziali, l'evoluzione dei mercati e lo sviluppo tecnologico portano all'attenzione di studiosi e pratici fattispecie ricorrenti di particolare complessità: dall'interazione tra diritto antitrust e tutela della proprietà intellettuale, al centro di giudizi noti anche all'opinione pubblica, come quello che ha coinvolto il gruppo *Microsoft*<sup>1</sup>, all'incrocio tra obiettivi concorrenziali condivisi ed esigenze di politica industriale e «promozione dei campioni nazionali», rivendicate dai singoli Stati, sempre più frequente nel controllo delle concentrazioni tra imprese di nazionalità diver-

---

<sup>1</sup> Corte d'Appello degli Stati Uniti, 23 gennaio 1998, caso *Microsoft*, in *Foro it.*, IV, 343: tale situazione si pose all'interno delle c.d. pratiche leganti, la cui caratteristica comune consiste nel creare o rafforzare tra l'impresa in posizione dominante ed i suoi contraenti una situazione di dipendenza. In particolare il comportamento censurato della *Microsoft* consistette nell'imposizione di prestazioni "gemellate" (*tying contracts*), con cui venne subordinata la conclusione del contratto all'accettazione di prestazioni supplementari.

Tra i comportamenti contestati alla casa statunitense (la quale detiene una posizione largamente dominante nel mercato mondiale per elaboratore elettronico), vi era anche l'offerta gratuita di un *software* abilitato per la navigazione su internet: questo veniva incluso nel programma *Windows '95*, ed impediva agli acquirenti di questo programma di procurarsi separatamente un diverso sistema per collegarsi alla rete. In questo caso la pratica legante si fondò sul collegamento funzionale esistente tra i due programmi, essendo volta a sfruttare la posizione dominante acquisita in relazione al primo di essi, anche nel diverso, ma collegato, settore del *software* per la navigazione in rete.

sa, ovvero agli accordi restrittivi della concorrenza nel mercato, con innalzamento invalicabile della soglia di ingresso in un Paese per le imprese straniere che, liberamente, vogliono concorrere nel mercato in questione.

Infine, il problema forse più importante, paradossalmente più trascurato nella riflessione attuale: come «globalizzare» il diritto antitrust senza correre il rischio di smarrirne la natura, fondamentale democratica, di strumento di libertà di scelta dei consumatori e dunque dei cittadini, veri destinatari ultimi della disciplina, ma spesso marginalmente beneficiati dall'applicazione concreta delle sue regole.

Infatti, le leggi antitrust in generale, e lo *Sherman Act* in particolare, rappresentano la *Magna Charta* della libera impresa. Esse sono così importanti per il mantenimento della libertà economica e del nostro sistema di libera impresa, quanto la Carta Costituzionale lo è per la protezione delle nostre libertà personali fondamentali<sup>2</sup>.

Di qui, l'esigenza di riflettere anche sugli strumenti di tutela giurisdizionale a disposizione dei singoli, sia nei confronti dei privati autori delle violazioni, sia nei confronti delle autorità amministrative di controllo deputate all'applicazione delle norme.

### *1.1. Inquadramento normativo: art. 2, Legge 287/1990, e confronto con l'art. 81 CE ambito di applicazione*

L'art. 2 della L. 287/1990 riproduce, con qualche divergenza testuale, le disposizioni contenute nei primi due paragrafi dell'art. 81 CE<sup>3</sup>: la maggior parte delle diversità letterali non ha assunto particolare rilevanza sotto il profilo ermeneutico ed applicativo<sup>4</sup>, anche in omaggio all'art. 1, co. 4, secondo il quale l'interpretazione delle norme so-

---

<sup>2</sup> Pera, *Concorrenza e Antitrust. Usi e abusi del mercato: le regole e le istituzioni per il suo corretto funzionamento*, Bologna, 2001.

<sup>3</sup> La formulazione dell'art. 2, l. 287/1990, nella quale sono presenti tutti gli elementi della norma comunitaria, non si discosta in maniera sostanziale dalla formulazione dell'art. 81 CE e, seppur mediante una diversa tecnica espositiva, la norma nazionale non fa altro che recepire orientamenti consolidati in sede comunitaria, in modo tale che, se differenze vi sono, esse sono del tutto trascurabili. Floridia - Catelli, *Diritto Antitrust*, IPSOA, 2003.

<sup>4</sup> Corte d'Appello di Milano, 21 dicembre 2001, in *Giust. Civ.*, 2002, 1524, laddove si afferma che «il divieto di stipulare intese restrittive della concorrenza - di cui all'art. 81 CE - rappresenta una disposizione di ordine pubblico in quanto indispensabile per

stanziali della legge antitrust è effettuata in base ai principi dell'ordinamento comunitario, in materia di disciplina della concorrenza.

La disposizione vieta, dunque, le intese restrittive della libertà di concorrenza, ossia quelle intese che abbiano «per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare *in maniera consistente* il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante».

La locuzione «in maniera consistente», presente nel solo testo italiano, qualifica la restrizione della concorrenza, affinché si renda applicabile il divieto di intese. In particolare, la soglia della consistenza, che distingue le intese lecite da quelle vietate (ancorché esentabili), non ha solo una dimensione quantitativa, come appare nella prassi applicativa della Commissione Europea, ma ne possiede, altresì, una di ordine qualitativo.

Non basta, dunque, che le parti, le quali stipulano un accordo o pongono in essere una pratica concordata, superino determinati parametri, in termini di fatturato o quota di mercato<sup>5</sup> affinché scatti, in modo pressoché automatico, il divieto di intese: piuttosto, sembra necessario esaminare ogni accordo caso per caso, in un contesto economico e giuridico globale.

Pertanto, il requisito della consistenza viene rappresentato dal grado di restrittività di ciascun negozio, dal potere di mercato dei partecipanti e viene valutato in funzione del contesto e del mercato della struttura di riferimento. Per quanto concerne, infine, l'ambito di applicazione, l'art. 2 specifica che il divieto si applica alle intese che abbiano per oggetto o effetto una restrizione del gioco della concorrenza «all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante».

In tal senso, non ricadono nell'ambito di applicazione della normativa interna (art. 2, commi 2 e 3) quelle intese tra imprese, ancorché italiane, i cui effetti si riverberino esclusivamente fuori dai confini nazionali, lasciando impregiudicata la piena autonomia di condotta sul mercato nazionale<sup>6</sup>.

Diversamente accade per imprese estere, le cui intese abbiano effetti sul mercato italiano (ad esempio sotto il profilo distributivo),

---

l'adempimento dei compiti affidati alla comunità ed in particolare al buon funzionamento del mercato interno». In tal senso deve essere interpretato l'art. 2, che per nulla differisce, per ciò che attiene la *ratio*, dall'art. 81 CE.

<sup>5</sup> Cfr. note 2 e 3.

<sup>6</sup> AGCM 4 dicembre 1991, *Italian Group Cement*, Boll. 13/91.

poiché per esse si applica l'art. 2<sup>7</sup>.

L'AGCM sembra avere accolto il principio della dottrina degli effetti, di derivazione statunitense, in base al quale, non rilevando la nazionalità dei soggetti che pongono in essere una intesa, si fa riferimento al mercato ove l'accordo potenzialmente lesivo della concorrenza esplica gli effetti principali.

Per quanto attiene, invece, al concetto di parte rilevante del mercato nazionale, si è affermato che «nelle ipotesi in cui i mercati siano particolarmente frammentati, il concetto di rilevanza non attiene all'incidenza del mercato locale sul totale dell'economia nazionale, quanto piuttosto alla sua significatività per il consumatore, in relazione alle alternative di cui quest'ultimo possa ragionevolmente disporre»<sup>8</sup>.

Nella decisione in commento, il mercato di riferimento appartiene alla gestione della raccolta dei giochi e delle scommesse (queste ultime sono state ritenute appartenere al medesimo mercato, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, degli spostamenti della domanda e della sostituibilità sul versante dell'offerta), che, dal punto di vista del consumatore, avendo come riferimento i parametri oggettivi del fatturato delle imprese coinvolte, è assai rilevante nell'ambito dell'intero mercato nazionale.

A tal punto, non sfugga come la partecipazione a codesto mercato sia subordinata a concessione amministrativa da parte dell'Autorità Statuale, attraverso provvedimenti di durata pluriennale e solitamente numericamente limitati: inoltre, la gestione dei giochi e delle scommesse è ulteriormente soggetta alla possibilità di fornire ai concessionari servizi fondamentali per l'espletamento della raccolta (c.d. attività di *service providing*).

Secondo la decisione in esame, Lottomatica<sup>9</sup> e Sisal<sup>10</sup>, conces-

<sup>7</sup> AGCM 12 giugno 1991, *Mitsui/Nippon*, Boll. 4/91.

<sup>8</sup> AGCM, *Relazione annuale*, 95, 130.

<sup>9</sup> Lottomatica S.p.A. è a capo di un gruppo attivo in Italia e all'estero nella organizzazione, gestione e realizzazione di giochi, lotterie, scommesse ecc., in qualità di concessionaria del Ministero dell'Economia. In particolare, Lottomatica organizza e gestisce, quale concessionaria del Ministero, i giochi del Lotto, del Totocalcio e del Totogol nonché, a partire dal marzo 2004, le lotterie ad estrazione differita e, dal giugno 2004, le lotterie ad estrazione istantanea; raccoglie scommesse per il gioco Tris. Fino al 2003, Lottomatica gestiva anche la Formula 101 e alcune sale Bingo. Inoltre, Lottomatica si avvale della propria rete informatica per offrire servizi automatizzati a cittadini e ad imprese, nonché servizi di biglietteria.

sionarie dello Stato, hanno concordato la modifica della struttura dell'offerta di un segmento del mercato dei giochi e delle scommesse, anziché lasciare che questa si determinasse sul mercato.

In particolare, hanno:

- a) rinunciato a competere direttamente;
- b) gestito, in maniera congiunta, tutti i giochi da ricevitoria, eccezion fatta per Lotto (Lottomatica) e Superenalotto (Sisal), che integrano le rispettive posizioni di dominio, difese da tale gestione in comune;
- c) evitato di farsi reciprocamente concorrenza;
- d) innalzato barriere invalicabili per l'ingresso di altri operatori sul mercato.

Hanno posto, dunque, in essere una strategia di non belligeranza, connessa alla ripartizione del mercato: con l'intenzione di condividere un disegno ripartitorio, invece di sforzarsi per ottenere la massima valorizzazione dei propri prodotti, al fine di evitare il rischio che dell'aggressività nei rapporti reciproci potessero beneficiarne terzi operatori, anche di provenienza internazionale<sup>11</sup>.

---

Lottomatica è controllata, per mezzo della società FinEuroGames SARL, dalla società lussemburghese De Agostani Invest S.A. holding dell'omonimo gruppo. Nell'esercizio 2003, Lottomatica ha realizzato un fatturato di circa 440 milioni di euro, mentre il fatturato consolidato realizzato dal gruppo che fa capo a Lottomatica è stato di oltre 960 milioni.

<sup>10</sup> Sisal S.p.A. è una società che svolge attività di organizzazione, gestione e realizzazione di concorsi pronostici e scommesse. In particolare, detta società organizza e gestisce, quale concessionaria del Ministero dell'Economia, i giochi del Superenalotto, del Totip, del Totocalcio e del Totogol, nonché fino al 2003, la Formula 101; raccoglie scommesse per il gioco Tris; detiene concessioni per la gestione di agenzie di scommesse ippiche e sportive e svolge attività di service providing a favore di concessionari di agenzie di scommesse ippiche e sportive. Sisal svolge, inoltre, attività connesse e strumentali alla principale nel campo dell'editoria specializzata e nella comunicazione televisiva via satellite. Sisal, altresì, utilizza la propria rete informatica per offrire servizi automatizzati a cittadini e ad imprese. Sisal è controllata congiuntamente dalla famiglia Molo, che possiede il 70% delle azioni e da Meliorbanca S.p.A., Eurogiochi S.A., società di diritto lussemburghese, ed Efibanca S.p.A.. Nel 2003 Sisal ha realizzato un fatturato di circa 132 milioni di euro, mentre il fatturato consolidato del gruppo che fa capo a Sisal è stato di 139,5 milioni.

<sup>11</sup> Nel corso della istruttoria, è stato accertato che Lottomatica e Sisal si sono ripartite l'intero mercato dei giochi e delle scommesse – che è altamente concentrato e caratterizzato da barriere amministrative elevate – ai fini della difesa delle posizioni acquisite dalla concorrenza reciproca e da quella potenziale, con particolare riferimento ai giochi da ricevitoria e alla relativa rete distributiva. L'attività ripartitoria si è realizzata in particolare attraverso la rinuncia a competere direttamente, mediante i prodotti principali del Lotto e del Superenalotto, e tramite la gestione congiunta degli

Tale attività collusiva, a parere del Garante, ha determinato effetti altamente restrittivi della concorrenza, nell'ambito del mercato della gestione della raccolta dei giochi e delle scommesse, con inevitabile violazione del disposto dell'art. 2, l. 287/1990.

La *ratio* del divieto risiede nell'esigenza di tutelare la libertà di scelta economica, sia per i ricevitori sia per i consumatori: infatti, intese di siffatto tipo, alterando il gioco della concorrenza, riducono gli incentivi a operare in modo efficiente, e a offrire prodotti con prezzi e caratteristiche tali da soddisfare al meglio le esigenze dei consumatori.

### *1.2. Impresa e concorrenza: la workable competition*

I modelli teorici di partenza, tra i quali si pone l'oligopolio creato da Lottomatica e Sisal, sono quelli di concorrenza perfetta e di monopolio. Ogni impresa deve decidere quanto produrre e a che prezzo vendere, ma tali decisioni sono vincolate da due fattori: se da un lato vi sono vincoli di natura tecnologica, dall'altro vi è il generale vincolo di mercato. Se ci si trova in regime di monopolio, il vincolo di mercato si riduce, poiché l'impresa è sola, mentre nel caso di concorrenza perfetta, l'impresa deve decidere soltanto quanto produrre, perché il prezzo può considerarsi dato.

Per ciò che attiene all'oligopolio, il discorso si complica, perché questo mercato è legato a parametri complessi e mutevoli. Se da un punto di vista descrittivo si può affermare che detto mercato rappresenti un numero limitato di imprese, sotto il profilo economico esso si caratterizza essenzialmente per il fatto che ognuna di esse subisce la concorrenza delle altre ed è, allo stesso tempo, capace di influire sul prezzo del prodotto attraverso la quantità della propria offerta.

La decisione che ci occupa individua l'intesa insorta tra le società *leader* del mercato dei giochi e delle scommesse in un oligopolio, dove soltanto due sono le parti, le quali, per rafforzare la propria posi-

---

altri giochi da ricevitoria (giochi ex CONI, Tris, Formula 101). Tramite detta gestione le parti hanno evitato che la disponibilità di prodotti diversi da quelli principali potesse costituire un'occasione, oltre che di concorrenza reciproca, anche di ingresso di altri operatori sul mercato. Ad esempio, in occasione della gara per la gestione di giochi da gestiti dal CONI, le parti hanno assunto comportamenti volti ad ostacolare l'ingresso in tale segmento del mercato di due operatori concorrenti (Formula Giochi e G-Tech).

zione, hanno concluso due accordi, il primo di non belligeranza, il secondo di ripartizione dei giochi minori, evitando, in tal modo, la possibilità per terzi operatori di entrare nel mercato e concorrere con i loro prodotti. Così operando, hanno soffocato quel barlume di concorrenza che, grazie alla supervisione statale (attraverso le concessioni), nonché ai nuovi giochi entrati sul mercato, prima gestiti dal CONI, l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato<sup>12</sup> (di seguito anche AAMS) ed il Ministero dell'Economia stavano cercando di creare.

Siffatto *modus operandi* è perfettamente in linea con la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie che, scartando i due estremi della concorrenza atomistica e del monopolio (in cui possiamo inserire l'oligopolio creato dalle imprese in esame), hanno optato per un modello di *workable competition* (concorrenza praticabile o sostenibile)<sup>13</sup>. Tale modello si propone di realizzare le condizioni in cui una riduzione del numero delle imprese operanti sul mercato (a volte riconosciuta come inevitabile, o, addirittura, positiva) divenga compatibile con un corretto funzionamento della concorrenza<sup>14</sup>: il tentativo è quello di contemperare l'esigenza delle imprese di conseguire la dimensione ottimale, abbassando i costi, con la condizione della permanenza di un numero sufficiente di realtà produttive.

La teoria della concorrenza *workable* raccomanda una politica non necessariamente intesa a eliminare le imperfezioni del mercato, poiché queste, almeno se apprezzate nel loro contesto generale, non sono inevitabilmente dannose.

Questa è la impostazione dell'AAMS e del Ministero dell'Economia, che, però, non è stata rispettata da Lottomatica e Sisal: esse, attraverso un meccanismo di gestione-co-gestione, oltre alla creazione di un gruppo di lavoro, hanno, di fatto, chiuso il mercato, mantenendo e rafforzando le proprie posizioni. La co-gestione dei giochi diversi da Lotto e Superenalotto doveva servire a tale scopo, poiché l'ingresso di terzi operatori avrebbe potuto stravolgere l'orientamento di ricevitori e consumatori alle tradizionali scommesse<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Cfr. Legge n. 178 del 2002, che ha unificato le competenze statali in materia di giochi, affidandole all'AAMS.

<sup>13</sup> Per ogni opportuno chiarimento, cfr. Mangini - Olivieri, *Diritto Antitrust*, Torino, 2000.

<sup>14</sup> Corte di Giustizia CE, 25 ottobre 1977, caso *Metro-SABA*, in *Foro it.*, 1978, IV, 65, con nota di Pardolesi.

<sup>15</sup> Dall'attività istruttoria è emerso che l'attività collusiva ha cagionato effetti alta-

In un settore oligopolistico, come quello in esame, i concorrenti possono essere indotti a coordinare i propri comportamenti, al fine di agire, complessivamente, come un unico monopolista, concentrandosi sulla gestione del proprio servizio e sulla co-gestione di altri, all'unico fine di evitare l'ingresso di altre imprese sul mercato. La collusione consente, in tal modo, la massimizzazione dei profitti congiunti, in questo caso della promozione totale del servizio offerto, senza il timore che altri possano diminuirne l'efficacia sul mercato.

Tale coordinamento, generalmente, richiede un accordo (cfr. paragrafo successivo) tra le imprese. Il motivo, esemplificando, è che, in mancanza di un accordo, le imprese operanti in regime di oligopolio, devono ipotizzare precise congetture sul comportamento dei concorrenti, per poter massimizzare i propri profitti individuali. La «prevedibilità» dei rispettivi comportamenti diventa, dunque, un elemento chiave per tutte le imprese.

Codesta «prevedibilità» è divenuta certezza, a seguito dell'accordo tra le parti.

## *2. Le intese restrittive della concorrenza*

Alla luce della premessa, tanto ampia quanto necessaria, bisogna ora considerare le ragioni per cui l'intesa occorsa tra Lottomatica e Sisal sia vietata, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, l. 287/1990. Per comprendere meglio cosa si intenda per intesa vietata, è opportuno soffer-

---

mente restrittivi della concorrenza sui diversi livelli della filiera. In primo luogo, l'intesa ha prodotto l'effetto di escludere terzi operatori dal mercato e, più in particolare, di evitare che altri operatori riuscissero a costituire una rete di ricevitorie in grado di esercitare un'effettiva pressione concorrenziale sull'attività delle parti. Inoltre, quanto agli effetti sulla concorrenza tra le parti, l'intesa ha consentito a Lottomatica e Sisal di difendere le rispettive posizioni sul mercato, loro garantite da Lotto e Superenalotto, anche a scapito dei prodotti cogestiti. Infine, in merito agli effetti sui ricevitori e sui consumatori, le parti, avendo rinunciato a concorrere per garantirsi l'affiliazione dei punti vendita ritenuti più remunerativi, hanno evitato di allettare i ricevitori tramite offerte che, in ultima analisi, si sarebbero tradotte in benefici per i consumatori finali. L'attività di presidio delle reti distributive, perseguita da entrambe le parti, ha altresì notevolmente compromesso la libertà di scelta economica dei ricevitori, cui è stato precluso di individuare liberamente il proprio *provider*, in occasione della gara per i giochi già gestiti dal CONI e, più in generale, di affiliarsi alla rete di un potenziale terzo operatore, che avrebbe potuto offrire loro condizioni più vantaggiose.

marsi sulla definizione che dottrina e giurisprudenza hanno fornito del fenomeno.

*«Ogni forma di coordinamento e di cooperazione derivante da una concertazione tra imprese deve essere considerata alla luce del principio, in forza del quale, nell'ambito di un'economia di mercato, ciascun operatore deve determinare, in maniera autonoma, la propria politica di mercato. In occasione delle violazioni di tale principio si assiste, invece, all'eliminazione di ogni incertezza circa i futuri comportamenti dei concorrenti, che rischia di dare luogo all'adozione di una serie di pratiche commerciali uniformi, tali da pregiudicare il normale funzionamento dei meccanismi di mercato»<sup>16</sup>.*

La notevole ampiezza, quindi, che caratterizza la nozione di intesa, consente di ricomprendervi tutti i comportamenti finalizzati a realizzare iniziative comunque idonee ad alterare la libertà di concorrenza<sup>17</sup>. Necessari risultano, quindi, la collaborazione o il coordinamento posti in essere tra imprese, non rilevando, ad alcun fine, il mezzo impiegato e la veste formale assunta dall'«accordo» o dalla «pratica». In estrema sintesi, gli elementi costitutivi delle intese vietate possono essere identificati:

- a) nel concorso della volontà dei partecipanti all'intesa;
- b) nell'esistenza di una restrizione concorrenziale;
- c) nel pregiudizio alla concorrenza.

Dal novero delle intese sono, quindi, esclusi gli atti unilaterali e, in linea di massima, i comportamenti che le imprese tengono autonomamente, anche nel caso in cui siano paralleli a quelli delle imprese concorrenti, ma l'illiceità delle pratiche concordate impone di effettuare

---

<sup>16</sup> AGCM *Relazione annuale*, 95, 128.

<sup>17</sup> T.A.R. Lazio, sez. I, 7 marzo 1997, n. 425, in *T.A.R.*, 1997, I, 1191: «l'art. 2, comma 2, l. 10 ottobre n. 287, è diretto a sanzionare anche intese restrittive della concorrenza, prive di effetti o con effetti limitati, sui mercati, quando il loro oggetto sia di per sé offensivo del valore tutelato, e cioè della piena concorrenza sul mercato». La libertà di concorrenza è di tale importanza, perché è stata elevata al rango costituzionale, attraverso l'art. 41: infatti, il legislatore, nell'introdurre norme per la tutela della concorrenza in tutto simili a quelle comunitarie (anche la l. 287 è sostanzialmente uno specchio di quella europea, per consentire alle imprese di muoversi in un ambiente caratterizzato da regole uniformi, a testimonianza di una volontà di piena armonizzazione e integrazione del modello italiano in quello comunitario), ne ha voluto enfatizzare la finalità «a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica». Ha, pertanto, definito il mercato concorrenziale entro il quale si svolge la libertà di tale iniziativa: e, in alcuni passaggi, ha riconosciuto che la norma si applica a tutte le imprese, private, pubbliche, e a partecipazione statale (queste ultime ormai in estinzione)».

analisi di ogni singolo caso, per verificare se l'accordo sia intervenuto, anche tacitamente.

La restrizione concorrenziale, secondo elemento qualificante, può costituire tanto l'oggetto dell'accordo quanto l'effetto del medesimo, e si ricollega al bene tutelato dalla norma: restrizione della concorrenza è provocata anche dall'intesa che limiti qualsiasi tipo di concorrenza, sia essa effettiva o puramente potenziale, sia dal lato della domanda sia da quello dell'offerta.

Il terzo elemento individuativo della fattispecie vietata postula, infine, l'applicazione di criteri quantitativi e territoriali, portando alla necessità di analizzare alcune norme delle legislazioni di diritto antitrust, le quali si riferiscono alla delimitazione delle fattispecie stesse<sup>18</sup>. L'effetto sensibile o consistente del danno alla concorrenza deve essere individuato con riferimento al caso concreto.

A questi tre elementi si aggiunge, nel caso in commento, la c.d. «rete di distribuzione»: per accedere al titolo, rappresentato dalla concessione ministeriale, è necessario possedere una rete di distribuzione, cioè essere vincolati da un contratto con i soggetti cessionari. Siccome nel mercato in considerazione, la parte principale è occupata dai giochi per ricevitore, ivi possono operare soltanto le imprese che dispongono di una rete di ricevitori estesa e capillare (non vi rientrerebbero, quindi, i semplici gestori o *service providers*).

Dopo l'uscita di scena del CONI, con affidamento dei giochi a chi si fosse aggiudicato la gara d'appalto, indetta da AAMS, Sisal e Lottomatica sono rimasti gli unici due operatori in possesso di una estesa rete di punti vendita, caratterizzati da un sistema capillare.

Come detto, per operare su questo mercato, la rete costituisce un elemento fondamentale: per cui esistono tutte le condizioni affinché possa svilupparsi un gioco concorrenziale. Il problema che sorge, qui se ne fa un semplice accenno, è fidelizzare i consumatori alla propria rete, attraverso un buon rapporto con i venditori ed una diversificazione della rete. Operare in regime di *workable competition* significa favorire i ricevitori, con possibili (ed inevitabili) tensioni concorrenziali tra ge-

---

<sup>18</sup> AGCM, 23 dicembre 1996, n. 4547, caso *Ambrosiana gelati-Nestlé italiana*, in *Dir. Ind.*, 1997, 487: «gli accordi astrattamente riconducibili alla fattispecie prevista dal regolamento n. 83 del 1984 possono ricadere nel divieto di intese restrittive della concorrenza laddove, tenuto conto del contesto economico e giuridico di riferimento, siano idonei ad ostacolare, in maniera sensibile, l'accesso al mercato da parte di altri produttori».

stori, considerando che tra gestori e ricevitori esistono dei rapporti di natura economica.

La concorrenza, quindi, non opera a un solo livello, ma su diversi piani: su quello dell'AAMS concedente, su quello dei ricevitori e su quello dei consumatori finali.

Nel mercato dei giochi e delle scommesse, Sisal è preferita a Lottomatica, nonostante la propria rete di distribuzione sia di gran lunga inferiore e così il fatturato, per la propria tecnologia: le nuove tecnologie, infatti, sono alla base dell'espansione della raccolta. Per questo fondamentale motivo, la concorrenza diviene produttiva ed è apprezzata dai ricevitori: il CONI, difatti, è scomparso dal mercato, che fino a non molto tempo fa dominava (Totocalcio, Totogol,...), proprio per l'arretratezza degli strumenti utilizzati.

Procediamo, però, con ordine, perchè si deve previamente comprendere la natura dell'intesa *de qua*: nella nozione generale di intesa rientrano gli accordi, le deliberazioni di associazioni di imprese e di organismi similari (di cui non parleremo, poichè non ricadono nel campo di interesse della presente nota), e le pratiche concordate<sup>19</sup>.

## 2.1 Gli accordi tra imprese

L'accordo è l'incontro di volontà provenienti da una pluralità di soggetti indipendenti, prescindendo dalla circostanza che abbia dato luogo a obbligazioni giuridicamente vincolanti. Ricade, senz'altro, in tale nozione, la stipulazione di un contratto, così come la sottoscrizione di eventuali protocolli di intesa o preliminari, ma anche ogni sorta di convenzione derivante dall'incontro di diverse manifestazioni di volontà, quale una lettera di intenti, un *gentlement's agreement*, indipendentemente dalla vincolatività degli obblighi giuridici che ne derivano<sup>20</sup>, dalla forma, scritta o orale.

---

<sup>19</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 8 novembre 2001, n. 5733, *Soc. Coop Vigilanza Sardegna-AGCM*, in *Foro amm.*, 2001, 2873; Consiglio di Stato, sez. VI, 26 luglio 2001, n. 4118, *Soc. Sicurezza Notturna-AGCM*, in *Foro amm.*, 2001, 2089, nelle quali si afferma che «le intese restrittive della concorrenza, ai sensi della l. 10 ottobre 1990, n. 287, art. 2, possono estrinsecarsi in accordi tra imprese presenti sul mercato, i quali assumono le forme negoziali, ovvero si esprimano in pratiche concordate o attraverso deliberazioni pur rispettivamente adottate in conformità di disposizioni statutarie o regolamentari di concorsi, associazioni di imprese o organismi similari».

<sup>20</sup> Corte d'Appello di Milano, 16 giugno 2000, in *Giust. Civ.*, 2000, 2258.

Così, l'esistenza di un accordo può desumersi dal rinvenimento di resoconti di riunioni, dalle quali risulta il carattere impegnativo di decisioni assunte dai responsabili che vi partecipavano<sup>21</sup>, ovvero da mail a uso interno, nelle quali sono esplicitati i propri intenti, oppure da comunicazioni aventi lo scopo di informare le altre imprese concorrenti sulle probabili mosse di mercato.

Peraltro, l'onere della prova della sussistenza di un accordo incombe sull'AGCM, spettando, quindi, alla parte che lamenta l'illiceità di intese restrittive della concorrenza l'onere di provare la consistenza quantitativa della distorsione prodotta o temuta, del settore di riferimento, delle dimensioni e del potere di mercato dei concorrenti, del contesto giuridico ed economico in cui essi operano<sup>22</sup>.

Alla figura dell'accordo sono da ricondursi le *joint ventures*, anche sotto forma di imprese comuni<sup>23</sup>, i contratti associativi e di cooperazione in genere, la costituzione di consorzi e società consortili, di cooperative e, più in generale, la costituzione di società tra più imprese concorrenti<sup>24</sup>.

Il problema che sorge è di classificazione, in quanto alcune di queste forme di cooperazione possono rientrare, almeno in linea teorica ed a seconda dei casi, anche nella nozione di concentrazione contenuta nell'art. 5 della L. 287/1990.

In generale, l'accordo per la costituzione di società o imprese collettive tra concorrenti rientra nell'ambito di applicazione della disciplina delle intese, quando la nuova entità funga da struttura servente o ausiliaria delle imprese fondatrici, o sia volta, comunque, a coordinare il loro comportamento concorrenziale sul mercato.

Ciò vale, altresì, per altre tipologie di accordi strutturali, volti a coordinare le attività di più imprese indipendenti, quali lo scambio di partecipazioni incrociate o l'acquisto di partecipazioni di minoranza<sup>25</sup>, l'acquisizione congiunta di una o più imprese, l'acquisto del pacchetto di maggioranza di una società attraverso la costituzione di una nuova società<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> AGCM 8 giugno 2000, *Accordi per la fornitura di carburanti*, Boll. 27/00.

<sup>22</sup> Tribunale di Roma, 23 dicembre 1999, in *Dir. Inf.*, 2000, 53.

<sup>23</sup> AGCM, 17 febbraio 2000, *Agip Petroli-Anonima Petroli Italiana-Esso Italiana/Petroven*, Boll. 7/00.

<sup>24</sup> AGCM, 20 maggio 1992, *Sip-Apple-Olivetti*, Boll. 10/92.

<sup>25</sup> AGCM, 8 giugno 1995, *Parmalat-Granarolo Felsinea*, Boll. 23/95.

<sup>26</sup> AGCM, 14 maggio 1998, *Privatizzazione SEAT*, Boll. 30/98.

Ci si deve domandare, a questo punto, se Lottomatica e Sisal abbiano dato vita a un accordo, rientrando tra quelli che la giurisprudenza (non soltanto quella proveniente dall'Autorità Garante) ha, in qualche modo, tipizzato.

Già dalla fine del 2001, secondo quanto dimostrato dall'AGCM nel corso dell'istruttoria, tali imprese avevano stretto un'intensa collaborazione, associandola a un «patto di non belligeranza». La prospettiva era finalizzata a una vera e propria fusione, convertita, successivamente, nella co-gestione di un rilevante numero di giochi (il 4 novembre 2002, Sisal inizia la raccolta della Tris, che era stata, fino ad allora, affidata a una società controllata di Lottomatica).

Il problema era, in codesta situazione, intuire la natura dell'intesa: infatti, la raccolta dei giochi in co-gestione è in concorrenza con il prodotto in esclusiva. Qualunque gestore, quindi, tenderà, se con portafoglio con più giochi co-gestiti ed uno gestito in esclusiva, a preferire quest'ultimo, i cui introiti sono un suo unico appannaggio.

In particolare, rispetto alla concorrenza tra prodotti<sup>27</sup>, è chiaro che laddove un gioco sia gestito unicamente da un operatore, quest'ultimo si approprierà totalmente dei ritorni garantiti dal successo del prodotto e, pertanto, se questo operatore non gestisce contemporaneamente anche altri giochi, sarà suo interesse impegnarsi con tutti i mezzi (diretti e indiretti) per difendere e/o espandere la raccolta del gioco gestito in esclusiva.

Quanto sopra chiarisce come il livello di concorrenza sul mercato, e con riguardo all'accesso, e in relazione alla gestione, sia strettamente connesso all'interesse che ha il singolo gestore a sviluppare i diversi giochi del proprio portafoglio.

Due sono le date fondamentali al riguardo: il 10 aprile 2002 ed il 7 novembre 2002, nelle quali Sisal e Lottomatica hanno siglato veri e

---

<sup>27</sup> AGCM, 7 dicembre 2004, *Lottomatica-Sisal*, in commento: «Un gestore che abbia un portafoglio con più giochi gestiti in esclusiva, nell'adottare il proprio comportamento strategico, si impegna a favore di tutti i propri prodotti, tenendo sì conto della redditività di ciascuno, ma, comunque, indirizzando principalmente i propri sforzi ad azioni tese a sottrarre quote ai giochi gestiti dal concorrente. Per contro, ogni forma di co-gestione, nel ridurre la appropriabilità dei ritorni ottenibili dallo sviluppo di un prodotto, attenuerà gli incentivi alla promozione di un gioco allorché uno o più dei co-gestori hanno anche, nel proprio portafoglio, dei prodotti che gestiscono in esclusiva. Atteso che la raccolta di questi ultimi è in concorrenza con quella del gioco co-gestito, il gestore è pertanto indotto ad assumere comportamenti strategici che tendono a favorire principalmente il prodotto del quale è l'unico a godere dei ricavi».

propri accordi, volti a ripartirsi tra loro l'intero mercato e, soprattutto, a salvaguardare le rispettive posizioni.

Con il secondo, che in realtà è stato una integrazione del primo, Sisal e Lottomatica convennero di costituire una nuova società, la *Newco*, controllata da entrambe e finalizzata ad acquisire il ramo d'azienda di *Twin* (società che gestiva la Tris, prima dell'appropriazione da parte di Sisal), denominato «totalizzatore»: tale accordo doveva essere sottoposto alla previa autorizzazione dell'AGCM, ai sensi e per gli effetti dell'art. 4, l. 287 del 1990, ma, nonostante la volontà di Sisal di notificare l'accordo all'Antitrust (secondo il disposto dell'art. 13), Lottomatica si oppose, optando per l'attesa della fine dell'istruttoria. Ciò che viene esplicitato, in queste poche righe<sup>28</sup>, è una strategia di collaborazione ad ampio raggio, attraverso:

- a) la concentrazione di ogni aspetto delle rispettive attività;
- b) gli accordi di ripartizione dei giochi non ancora attivati.

Elementi, entrambi, che identificano, nell'accordo tra Lottomatica e Sisal, una estesa collaborazione. A tal proposito, aiuta specificare l'accordo precisato attraverso la figura della pratica concordata.

## 2.2. Le pratiche concordate

Anche la pratica concordata consiste in ogni sorta di coordinamento dell'attività di più imprese, risultante esclusivamente da comportamenti concludenti: questi non sono altro che il frutto di una concertazione di per sé inidonea a produrre obbligazioni giuridicamente rilevanti.

Il problema di identificare con certezza tale categoria ha spostato l'attenzione degli interpreti ed esegeti del diritto antitrust, prevalentemente, sulla individuazione degli indizi rivelatori della fattispecie collusiva (scambi di informazioni o circolari interne, mail, incontri informali e professionali, clausole statutarie o regolamentari di consorzi, piani di sviluppo, etc.).

Certamente, mancando, comunque, una formalizzazione generale del consenso, si deve indagare, in concreto, la volontà e la condotta delle parti, al fine di avvalorare, in via presuntiva, *iuris et de iure*, l'esistenza dell'accordo<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Per ulteriori approfondimenti si rimanda al testo completo della decisione, accessibile anche attraverso il sito [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>29</sup> Cfr., sul punto, AGCM, 9 ottobre 1997, n. 5385, *Associazione Vendomusica-Case*

Ci si può domandare perchè la fattispecie, ora richiamata, della pratica concordata sia configurabile anche nella situazione in commento: l'AGCM, in omaggio agli indirizzi comunitari, che come parametro hanno l'art. 81 del Trattato, ha recepito una nozione di pratica concordata, da tradursi come qualsiasi forma di collaborazione tra imprese che, pur senza giungere alla conclusione di un vero e proprio accordo, sostituiscono consapevolmente la reciproca collaborazione al libero gioco della concorrenza<sup>30</sup>. Non è, dunque, necessaria la presenza a monte di un accordo, anche se tra Lottomatica e Sisal il disegno collusivo fu presente sin dall'inizio della collusione.

Come nel diritto comunitario, il problema principale consiste nel dimostrare l'esistenza di una pratica concordata tra imprese, che permetta loro di perseguire risultati non raggiungibili individualmente.

Proprio in quest'ottica si pone la strategia di collaborazione ad ampio raggio, affrontata nel paragrafo precedente. Già il 18 marzo 2002, fu siglato dalle parti (ciò a dimostrazione che nel caso di specie è presente anche la dinamica negoziale) un accordo «paracadute», con il quale venne stabilito che, chi tra le due imprese si fosse aggiudicata la gara per i giochi CONI, avrebbe consentito anche all'altra di partecipare alla gestione, poichè il vincente (viene considerato in una nota di Sisal) avrebbe ottenuto una posizione di *leadership* difficilmente attaccabile<sup>31</sup>. Per questo venne stabilita una ripartizione delle competenze.

Nonostante la procedura in corso, dunque, Sisal e Lottomatica continuavano la propria attività collusiva, proprio perchè la libera competizione delle parti era vista come la soluzione peggiore per il

---

*discografiche multinazionali*, in *Dir. Inf.*, 1999, 649, laddove viene delineato come «le pratiche concordate... (*omissis*)... dirette ad uniformare la struttura ed il livello dei prezzi praticati ai rivenditori, costituiscono intese restrittive della concorrenza, vietate ai sensi dell'art. 2, comma 2, l. 287/1990 (nella specie tali pratiche hanno assunto, continuamente, il carattere di vere e proprie strategie oligopolistiche, grazie allo scambio regolare di informazioni sulle condizioni di vendita, applicate ai rivenditori,...)». Nel caso in esame, non si è molto lontani da tale fattispecie, posto che Lottomatica e Sisal hanno stabilito di non scontrarsi sui prezzi tra di loro, ma di bloccare l'entrata al mercato in cui operano.

<sup>30</sup> AGCM, 28 aprile 1993, *Centro Italiano Gpl*, Boll. 8/93; AGCM, 24 novembre 1999, *Prezzo del pane a Trento*, Boll. 47/99.

<sup>31</sup> Si legge nel punto 202 della decisione: «Rispetto alle "novità" di volta in volta emerse nel mercato dei giochi, le parti, nel realizzare il modello della co-gestione, tengono conto anche della necessità di mantenere gli equilibri relativi tra i gestori (e,

mercato.

In buona sostanza, Lottomatica e Sisal avrebbero gestito, in esclusiva, secondo i rispettivi piani strategici<sup>32</sup> (che, quindi esulavano dagli accordi, i quali costituivano soltanto la punta dell' *iceberg* collusivo), Lotto e Superenalotto, ed in co-gestione gli altri prodotti di ricevitoria. Gli

---

in particolare, tra le parti stesse). Al riguardo, in un " *investment memorandum*" riferito a Sisal e redatto da Meliorbanca nell'aprile 2002 (nell'imminenza del primo tentativo di privatizzazione dei giochi Coni), viene riportata una tabella con i giochi e le scommesse allora esistenti e i relativi gestori. In calce alla tabella, si avverte che " *è interessante notare come il processo di esternalizzazione della gestione dei giochi messo in atto dal CONI potrebbe modificare radicalmente la struttura del mercato e conferire alla cordata che vincerà la gara una posizione di leadership difficilmente attaccabile, data anche la possibilità di sfruttare le sinergie nascenti dall'integrazione*" Sempre rispetto ai giochi ex Coni, nel documento di fonte Lottomatica del 19 marzo 2002, tra le sei ipotesi avanzate, cinque prospettano scenari di collaborazione tra le imprese e la sesta ipotesi, unica che contempla una libera competizione tra le parti viene, come visto, così commentata: " *questa è la soluzione peggiore dal punto di vista economico per entrambe e naturalmente creerebbe un bad will ulteriore per le future relazioni*" »

<sup>32</sup> A mero titolo esemplificativo si riporta il testo dei punti n. 199: «Numerose evidenze danno conto delle considerazioni svolte dalle parti rispetto alla gestione congiunta dei giochi diversi da Lotto e Superenalotto. In particolare, la documentazione agli atti testimonia che le parti considerano il panorama dei prodotti disponibili sul mercato come diviso in due tipologie: da un lato i giochi cd. "di riferimento", che ciascun operatore gestisce in esclusiva, e dall'altro i restanti prodotti, per i quali si stringono accordi di collaborazione tra i gestori.

Nella Sintesi del Piano Strategico 2003-2005 di Lottomatica, redatta il 30 ottobre 2002, tra le " *priorità di Lottomatica*" vengono inserite strategie separate per il Lotto e per gli " *altri giochi (F101, Tris, Giochi CONI, Totip)*", prospettando, per questi ultimi, di " *avviare operativamente una partnership con SISAL (per co-gestire i giochi)*". Di pochi mesi prima è una bozza di " *accordo Sisal/Lottomatica per scommessa Tris*", reperita presso Sisal, nella quale si prefigura una spartizione dei ricevitori sovrapposti delle due reti ai fini della raccolta della Tris. Il documento si chiude con il seguente commento: " *L'accordo va nell'ottica del pieno utilizzo delle reti mantenendo la sovrapposizione per i soli prodotti chiave (Lotto per LTM, Superenalotto e Totip per Sisal) e consentendo invece di ottimizzare la rete per qualsiasi altro prodotto*".

Nel Piano di Sviluppo 2003-2005 di Sisal viene delineato il quadro istituzionale all'interno del quale si situa il piano stesso, evidenziando, oltre al ruolo centrale dei Monopoli, i seguenti due punti: " *situazione oligopolistica con pochi Operatori (Sisal, Lottomatica, Snai) che operano in via esclusiva Formula 101 validi anche per le opportunità di sviluppo (scommesse sportive in ricevitoria, videolotteries)*" e 200: «Similmente, nel piano strategico di Sisal 2004-06 del 17 ottobre 2003, rispetto allo scenario di riferimento, si afferma, tra l'altro, l'esistenza di: " *due prodotti di punta (Lotto e Superenalotto) gestiti in esclusiva dagli attuali gestori*" nonché la " *co-gestione degli altri prodotti di ricevitoria*". Nella successiva versione del piano strategico 2004-06 del 23 dicembre 2003, Sisal afferma inoltre che " *Il piano prevede nell'ambito del segmento di mercato di ricevitorie un contesto competitivo caratterizzato da: 1. il consolidamento delle posizioni di Sisal e Lottomatica; 2. la continuità nella gestione in esclusiva da parte degli attuali gestori dei due prodotti di punta del mercato (Lotto e*

effetti sarebbero stati:

- a) il consolidamento delle rispettive posizioni;
- b) un *multi-providing* ai prodotti non in esclusiva;
- c) una sovrapposizione parziale negli esercizi di tabacchi da parte di Lottomatica e Sisal.

Ciò che ha inteso mettere in luce l'AGCM, in questo caso, è l'assenza di un mero parallelismo di comportamenti, da parte delle due imprese. Peraltro, la situazione, nonostante i due accordi sopra richiamati, che nulla avrebbero dimostrato circa l'illiceità della collusioni, se non fossero stati sostenuti dalle pratiche concordate nei piani di sviluppo, i quali, guarda caso, si sono sovrapposti perfettamente, non avrebbe potuto determinare il provvedimento sanzionatorio, a cui è addivenuta la decisione, per mancanza di prova dell'esistenza di tali attività.

Infatti, il semplice parallelismo di comportamenti non è sufficiente per dimostrare l'esistenza di una pratica concordata, in quanto, alle imprese, non è (e non può essere) vietato di adeguarsi al comportamento dei propri concorrenti: ovviamente fino a che tale adattamento sia il frutto di scelte autonome, non indotte, quindi, dalla artificiale conoscenza dell'assetto produttivo e commerciale altrui, che ne consenta di prevedere i comportamenti. In tal modo, viene esclusa qualsiasi forma di contatto diretto o indiretto con i concorrenti, che abbia per effetto la modificazione delle condizioni di concorrenza di un mercato.

Il problema è complicato dalla presenza, nel settore dei giochi e delle scommesse, di un mercato oligopolistico (ricordiamo l'indispensabilità della rete di distribuzione, con una tecnologia mediamente avanzata), nel quale il parallelismo consapevole non è considerato come ragione sufficiente per integrare gli estremi di una pratica concordata<sup>33</sup>.

La situazione di oligopolio, pertanto, non è sufficiente, considerando la semplice identità nelle condizioni dell'offerta, a dimostrare la sussistenza di una intesa vietata, ben potendo l'uniformità praticata dipendere dal funzionamento del mercato (parallelismo naturale). In

---

*Superenalotto*) e di Totip, storicamente gestito da Sisal; 3. l'applicazione del modello di multi-providing agli altri prodotti; 4. Il mantenimento della parziale sovrapposizione delle reti di vendita Sisal e Lottomatica negli esercizi di licenza tabacchi"».

<sup>33</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 22 marzo 2001, n. 1699, in *Foro It.*, 2001, III, 386.

questa sede, invece, si è avuta una modifica della struttura dell'offerta, che ha denunciato, così, l'esistenza di un parallelismo non più naturale, bensì artificiale, scaturito, cioè, dalla libera concertazione e dall'accordo delle parti.

In definitiva, è necessario sottolineare come i due accordi presi in considerazione (10 aprile e 7 novembre 2002) siano il binario sul quale si è messo in moto il treno delle pratiche concordate, le quali hanno fatto acquisire quella specificazione illecita che, altrimenti, gli accordi non sarebbero stati in grado di emanare.

### 3. *Gli effetti sulla concorrenza*

Il divieto colpisce, secondo il tenore dell'art. 81, CE, par. 1, e della L. n. 287/1990, le intese che abbiano come oggetto o per effetto una restrizione (consistente<sup>34</sup> o sensibile) della concorrenza. Esemplificando, con riferimento alle videolotterie, altro settore del medesimo mercato su cui Sisal e Lottomatica avevano previsto una gestione congiunta, palesando una strategia volta alla difesa delle proprie posizioni, l'obiettivo risulta quello di minimizzare (se non addirittura elidere) l'impatto sui giochi attuali, cioè quelli gestiti in esclusiva. Coticché, attraverso un cartello di gestori, si sono poste alte barriere a nuovi ingressi<sup>35</sup>, con danno e per le imprese concorrenti e per i ricevitori.

Le intese che hanno già per oggetto, come nel caso in questione, una restrizione concorrenziale (emblematici sono gli accordi di non

---

<sup>34</sup> Si anticipa quanto espresso dall'AGCM nella decisione commentata, al punto n. 350, con riferimento al requisito della consistenza: «La consistenza della fattispecie in esame emerge con evidenza dalla circostanza che l'intesa ha interessato l'intero mercato ed è intercorsa tra le due principali imprese del mercato, che insieme detengono più del 65% del valore totale dello stesso».

<sup>35</sup> Per meglio individuare la fattispecie descritta, si riporta, di seguito, il testo del punto n. 204: «L'approccio prefigurato per le videolotterie è dunque esplicitamente di "difesa". Al riguardo, ad esempio, in un documento si legge: "*Sisal, nel valutare il possibile ingresso nel mercato VLT, definisce quali priorità: la difesa del ruolo di operatore di gioco; la difesa della quota di mercato e della redditività attuale e prospettica; la difesa della rete commerciale*". A tale scenario corrisponde una "*strategia commerciale*" nella quale gli obiettivi di Sisal nei confronti del segmento vengono esplicitamente condizionati alla minimizzazione dell'impatto sui giochi già detenuti. Anche Lottomatica, nel prendere in considerazione la strategia di Sisal, valuta essa stessa di utilizzare l'opportunità di gestione delle videolotterie come strumento per difendere la propria rete».

belligeranza, di ripartizione del mercato e di creazione di ostacoli all'entrata) sono più facilmente reprimibili, perché, in linea generale, non necessitano di particolari approfondimenti probatori. L'oggetto anti-competitivo dell'accordo si manifesta non soltanto quando impronta il contenuto, come detto, ma anche quando viene perseguito indirettamente o intrinsecamente, essendo sufficiente che costituisca «l'obiettivo rispetto al quale l'accordo stesso risulta essere funzionante<sup>36</sup>», ragione per cui deve essere esaminato ed individuato con criteri di interpretazione oggettivi, senza tenere conto dell'elemento soggettivo degli agenti.

Per valutare gli effetti di una intesa, devono, invece, considerarsi tutte le conseguenze che l'accordo produce sull'assetto concorrenziale del mercato. Quest'ultima analisi diviene imprescindibile quando il patto non manifesti esplicitamente un oggetto anti-competitivo<sup>37</sup>. In tal modo, si vuole sottolineare il carattere alternativo, e non cumulativo, della disposizione: si guarda prima all'oggetto, poi, eventualmente, agli effetti (il tutto in un'ottica repressivo-sanzionatoria).

L'AGCM, nel sanzionare il comportamento di Lottomatica e Sisal, ha preso in esame esclusivamente l'oggetto dell'intesa, che ne ha dimostrato, *per tabulas*, il carattere restrittivo, per cui non è stata necessaria alcuna verifica sugli effetti, ai fini probatori. Vero è che terzi pregiudicati sono intervenuti nel giudizio, per lamentare il proprio lucro cessante, ma la verga sanzionatoria dell'Autorità ha considerato unicamente l'obiettivo anti-competitivo, nascente dagli accordi rivelatesi illeciti. Soltanto se questo profilo non avesse prodotto un sufficiente grado di restrittività, l'AGCM avrebbe valutato i suoi effetti sul mercato, onde accertare (e la prova sarebbe stata alquanto ardua) se, a seguito dell'intesa, il gioco concorrenziale fosse stato ristretto in modo consistente.

In particolare, nella presente decisione, il Garante ha considerato, come elementi per valutare il danno provocato ai consumatori dall'accordo, la riduzione di possibilità di scelta, l'imposizione ai clienti (ricevitori) di condizioni non ottimali, la limitazione all'accesso al mercato (per i terzi operatori), la stabilità nel tempo delle quote di

<sup>36</sup> AG, *Relazione annuale*, 1995, 128.

<sup>37</sup> Cfr. Floridaia-Catelli, *Diritto Antitrust*, cit., 87: «In particolare, gli effetti dell'accordo devono essere valutati con riferimento alla situazione concorrenziale che potrebbe esserci se l'accordo stesso non esistesse, e tenendo conto anche degli effetti potenziali».

mercato detenute dalle imprese presenti, e, anche, in relazione alla gara per l'aggiudicazione dei giochi CONI, l'alterazione dei meccanismi di competizione.

In questo contesto vengono studiate la consistenza (definita come l'intensità della distorsione della concorrenza prodotta dalla intesa stessa nell'ambito del mercato interessato), riferita al solo mercato interno, e la sensibilità del pregiudizio, relativa al commercio fra gli Stati membri (la formulazione definitoria è la medesima). L'analisi degli effetti, comunque, non è soltanto stata compiuta con riguardo ai profili anti-competitivi, ma sono stati considerati anche gli aspetti pro-competitivi, che bilanciano quelli anti-concorrenziali e, in alcuni casi, possono far considerare l'impresa non illecita. Così non si è verificato, soprattutto perché Lottomatica e Sisal hanno chiesto la deroga al divieto dell'intesa restrittiva, notificando all'AGCM unicamente l'accordo sulle videolotterie, ma a istruttoria in corso, con la pretesa velleitaria di poter riparare a una situazione *contra iure* ormai irreversibile.

### 3.1. Il comportamento di Lottomatica e Sisal: il mercato rilevante

Per comprendere appieno la decisione dell'Autorità Garante, è necessario seguire la valutazione giuridica delle condotte poste in essere da Sisal e Lottomatica, analizzando la congruità della sanzione rispetto alla gravità della violazione.

L'accordo tra i due giganti del gioco è nato per salvaguardare le rispettive posizioni di dominio: da un lato, quindi, è stata posta in essere una strategia di rete, supportata, come visto, da alte barriere all'entrata, che non permettessero l'ingresso ad altri potenziali *players*: dall'altro, la strategia di ripartizione del mercato, effettuata tramite la co-gestione dei giochi non in esclusiva, ha concluso il patto di non belligeranza.

La valutazione dei comportamenti non può prescindere da due parametri: le condizioni dell'offerta e la posizione di dominio delle parti, entrambi inseriti nella nozione di mercato rilevante<sup>38</sup>, ossia il contesto

---

<sup>38</sup> Mangini-Olivieri, *Diritto Antitrust*, cit., 24: «Sebbene il concetto di mercato rilevante rivesta particolare importanza soprattutto in tema di repressione degli abusi di posizione dominante, può accadere che esso venga in considerazione anche in tema di intese». Nonostante la sanzione dell'AGCM sia stata argomentata alla luce del solo art. 2, in realtà l'accordo collusivo è scaturito da un abuso della posizione dominante

giuridico ed economico nel quale si colloca l'intesa, all'interno del quale quest'ultima produce effetto.

Come accennato (cfr. *supra*), il mercato in oggetto è quello dei giochi e delle scommesse, il quale è caratterizzato da una pervasiva regolamentazione normativa. Proprio per questo, Lottomatica e Sisal, considerate tali barriere amministrative, che, comunque, avrebbero permesso una concorrenza discretamente estesa, hanno posto l'accento sulle barriere tecnologiche, potenziando la propria rete.

Gli altri due elementi sono individuati nell'elevato numero di prodotti (tredici nel 2003), nello scarso numero di operatori (soltanto tre, considerato che SNAI dispone di una rete di agenzie), e nelle posizioni di maggior forza in capo a chi detiene un numero capillare di reti di ricevitore<sup>39</sup> (è il c.d. mercato merceologico, ossia quello costituito non solo da prodotto oggetto dell'intesa, ma anche dai prodotti identici o affini e, in particolare, da tutti i prodotti o servizi considerati intercambiabili o sostituibili)<sup>40</sup>. Quanto alle reti di raccolta, Sisal (18.000) e Lottomatica (35.000) sono le più fornite ed attrezzate: allora, se ci si limitasse a detta situazione, non si comprenderebbero i motivi che hanno spinto le due imprese a creare un'intesa di siffatte dimensioni, tali da escludere ogni potenziale terzo operatore.

Tra i prodotti del mercato dei giochi e delle scommesse, esiste un grado di sostituibilità più o meno elevato: non importa quale sia il

---

di mercato, rivestita dalle due imprese in esame: evidentemente, l'AGCM ha ritenuto la violazione dell'art. 3, l. 287/1990 sussidiario a quella dell'art. 2, costituendone il presupposto necessario, ma non sufficiente.

<sup>39</sup> Così si legge nel punto 268: «Il mercato è caratterizzato da barriere amministrative e tecnologiche. A fronte di un numero relativamente elevato di prodotti (tredici nel 2003), gli operatori principali del mercato sono soltanto tre, uno dei quali, Snai, opera solo attraverso la rete delle agenzie. Le posizioni di maggiore forza sono quelle detenute dai gestori possessori di reti di ricevitorie. La conquista di un gioco da ricevitoria, infatti, richiede, ancor prima del titolo concessorio, la disponibilità di una rete capillare».

<sup>40</sup> Diverso è il c.d. mercato geografico, ossia «il territorio interno della comunità nel quale l'accordo produce i suoi effetti. Tale territorio sarà quello dell'insieme del mercato comune quando i prodotti contrattuali formano regolarmente oggetto di offerte e di domande in tutti gli Stati membri. Quando i prodotti contrattuali non possono essere offerti e richiesti o sono offerti e richiesti soltanto in quantitativi limitati o in modo irregolare in una parte del mercato comune, quest'ultima non deve essere presa in considerazione», da Comunicazione della Commissione 9 dicembre 1997, n. 372/03 sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, in *GUCE* 9 dicembre 1997, n. 37, Serie C.

gioco, ciò che rileva, per il consumatore, è la facilità della vincita (anche minima) a fronte di un gioco che basi sulla fortuna il dettato della puntata. Nel periodo 2000/2003 si assistette a una fase di stallo del mercato del Lotto (Lottomatica) e del Superenalotto (Sisal): questa recessione avrebbe prodotto un rischio di erosione delle posizioni assunte da dette imprese, se le dinamiche concorrenziali fossero state fatte dispiegare correttamente.

### 3.2. segue: *Danni consistenti al mercato interno*

«Dalle risultanze istruttorie è emerso che Lottomatica e Sisal si sono adoperate per ripartirsi l'intero mercato dei giochi e delle scommesse, ai fini della difesa delle posizioni acquisite, con particolare riferimento ai giochi da ricevitoria e alla relativa rete distributiva. Tale difesa è stata realizzata tramite il presidio delle reti, funzionale a evitare che terzi potessero accedere alla gestione di un prodotto da ricevitoria per intaccare le quote di mercato di Sisal e Lottomatica e per sviluppare una rete di ricevitorie alternativa a quella delle predette società.

Inoltre, le parti si sono astenute dall'utilizzare esse stesse in maniera reciprocamente aggressiva la gestione dei prodotti da ricevitoria; più in particolare, la parti hanno rinunciato a competere *direttamente* attraverso i prodotti principali (Lotto e Superenalotto) e, rispetto agli altri giochi da ricevitoria, adottando la strategia della co-gestione hanno anche evitato che la disponibilità di prodotti diversi da quelli principali potesse costituire un'occasione, oltre che di concorrenza reciproca, anche di ingresso di altri operatori nel mercato. La strategia collusiva ha, infatti, riguardato la difesa delle posizioni di mercato delle parti anche dalla concorrenza potenziale»<sup>41</sup>. Così l'Autorità esprime, in estrema sintesi, il contenuto dell'intesa, e, d'altronde, sottolinea anche l'astensione di Lottomatica e Sisal dal farsi reciproca concorrenza, attraverso i prodotti principali. La conseguente ripartizione del mer-

---

<sup>41</sup> Per una migliore analisi, cfr. punto n. 279: «In definitiva, è dunque chiaro che la condivisione delle strategie di rete, la rinuncia a competere per Lotto e Superenalotto e la gestione congiunta dei giochi minori sono tutte espressioni del medesimo ed unitario disegno ripartitorio ed escludente. Tuttavia, diversamente dalla rinuncia a competere *direttamente*, vale a dire per il tramite dei giochi principali (che ha richiesto "l'astensione dal fare" e, in particolare, il rispetto delle quote correlate ai giochi gestiti in esclusiva), gli ulteriori aspetti della strategia collusiva (presidio congiunto

cato, mediante la suddivisione in quote, ha garantito il presidio delle reti dei giochi da ricevitoria.

Lottomatica e Sisal si sono spartite i punti vendita sovrapposti, senza, però, far conoscere ai ricevitori il disegno ripartitorio: infatti, le forme di collusione, per lo più, sono state realizzate *per facta concludentia*<sup>42</sup>. Per i giochi co-gestiti e per gli altri giochi, sono stati prodotti, invece, numerosi documenti.

Per esemplificare la complessa materia, bisogna palesare come dagli atti emerge la grande preoccupazione delle parti di ripartirsi, e dunque presidiare, le ricevitorie: di qui la necessità di accordarsi su ogni punto vendita e di incaricare un soggetto terzo delle affiliazioni, ossia la Federazione Italiana Tabaccai (FIT). Detta operazione fu posta in essere esclusivamente da Lottomatica, e Sisal, successivamente, aderì all'illecita iniziativa, evidenziando la volontà di non concorrere liberamente.

Durante il corso dell'istruttoria le parti hanno affermato come le difficoltà di accesso al mercato deriverebbero esclusivamente dalla presenza delle barriere amministrative, riversando, così, sullo Stato l'oligopolio creato dall'intesa illecita. Infatti, le barriere amministrative

---

dei giochi minori e, in generale, presidio delle reti), in quanto richiedevano l'assunzione di "comportamenti attivi" delle parti, sono stati realizzati soprattutto mediante forme di concertazione più o meno espresse e formalizzate (a fronte delle forme di collusione il più delle volte tacite realizzate tramite atti concludenti per i prodotti principali). E' per questo motivo che la gran parte dei comportamenti collusivi di cui si ha evidenza documentale riguarda la gestione congiunta e il controllo degli sviluppi degli altri giochi e, in particolare, dei giochi da ricevitoria».

<sup>42</sup> Sul punto, si ricorda l'insegnamento giurisprudenziale, secondo cui «Per configurare un accordo restrittivo della concorrenza è sufficiente che risulti una volontà convergente diretta a coordinare i comportamenti delle imprese sul mercato anche se manifestata in modo del tutto informale senza una veste negoziale o comunque un atto scritto, ...oppure tacitamente per atti concludenti» (Tar Lazio, sentenza del 1° agosto 1995 n. 1474). Più recentemente, lo stesso giudice ha ribadito che «per potersi configurare una fattispecie di accordo restrittivo della concorrenza in senso tecnico è sufficiente, ai sensi dell'art. 2, la sussistenza di una volontà convergente di due o più imprese, anche se manifestata in modo informale ... o anche tacitamente per atti concludenti ..., diretta a coordinare i comportamenti effettivi delle imprese stesse sul mercato» (sentenza del 6 marzo 2000 n. 1457, confermata sul punto da Consiglio di Stato, sentenza del 5 marzo 2002, n.1305, il quale ha altresì specificato che «dalla connotazione comportamentale e non formalistica della nozione di intesa deriva che essa non presuppone necessariamente la forma scritta e soprattutto, quanto al relativo onere probatorio, che la sussistenza dell'accordo anticoncorrenziale non richiede la 'prova documentale', sì che la volontà convergente delle imprese volta alla restrizione della concorrenza può essere idoneamente provata con qualsiasi congruo mezzo»).

sono superabili mediante alleanze con altri operatori già attivi: è quanto afferma G-Tech, impresa straniera, che, a lungo, aveva provato ad allacciare contatti con Lottomatica.

Vi era la volontà dei soggetti che avrebbero formato il terzo polo, in aggiunta a quelli costituiti da Lottomatica e Sisal, di costituire una rete distributiva effettivamente alternativa a quella delle parti.

In definitiva, tutte le strategie erano funzionali alla ripartizione del mercato ed all'innalzamento di barriere all'accesso: in questo modo i ricevitori non sono stati messi nella condizione di scegliere liberamente il proprio *provider*; i consumatori hanno visto restringersi il loro campo di giocata a due soli prodotti (Lotto e Superenalotto), e, infine, l'attività di presidio ha precluso la possibilità di affidarsi a un terzo operatore, che avrebbe potuto offrire ai consumatori ed ai ricevitori condizioni più vantaggiose, mediante l'offerta in esclusiva anche degli altri undici prodotti, che, nella situazione in commento, sono serviti soltanto da base d'appoggio per lo sviluppo ed il consolidamento dei giochi gestiti in esclusiva da Lottomatica e Sisal.

### 3.3. segue: *La natura orizzontale dell'intesa*

Sia l'art. 81 CE, sia l'art. 2 l. 287/1990 non fanno riferimento alla *summa divisio* tra intese orizzontali ed intese verticali, individuate, tuttavia, dalla dottrina del settore.

A tale distinzione è associata una valutazione di piena illiceità con riguardo alle intese orizzontali, in quanto suscettibili di riprodurre sul mercato il comportamento del monopolista e, per contro, una valutazione molto più articolata quanto alla nocività delle intese verticali<sup>43</sup>, che sono suscettibili di arrecare effetti più positivi che negativi. Infatti, queste ultime sono generalmente esposte ai divieti soltanto episodicamente: i loro effetti restrittivi riguardano unicamente la concorrenza *intra-brand* e non quella fra marche diverse (*inter-brand*). A dif-

---

<sup>43</sup> Cfr. art. 2, par. 1, Regolamento CE 22 dicembre 1999, n. 2790/99, relativo all'applicazione dell'art. 81 CE, par. 3, a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, in *GUCE*, 29 dicembre 1999, n. 336, Serie L: «gli accordi o pratiche concordate conclusi tra due o più imprese, operanti ciascuna, ai fini dell'accordo, ad un livello differente della catena di produzione o di distribuzione, e che si riferiscono alle condizioni in base alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi».

ferenza della quasi totalità dei cartelli, è soprattutto riguardo agli accordi verticali che si producono quei recuperi di efficienza ed effetti pro-competitivi, che ne rendono in taluni casi inopportuna la repressione.

È facile, quindi, comprendere perché, sin dall'inizio, quello delle intese orizzontali (soprattutto i cartelli di fissazione del prezzo, di contingentamento e di ripartizione del mercato) abbia rappresentato il tipico terreno su cui ha dovuto misurarsi ogni legislazione antimonopolistica. Gli accordi tra imprenditori in diretta concorrenza presentano aspetti assai più preoccupanti, in quanto capaci, mediante il coordinamento dei comportamenti dei soggetti che vi partecipano, di procurare effetti distorsivi del mercato, analoghi a quelli riscontrati in una situazione di monopolio.

Si ha una falsificazione dell'incontro tra domanda e offerta: le parti hanno voluto, infatti, orientare coattivamente la politica degli acquisti da parte degli utilizzatori, al fine di rispettare gli interessi concordati. E, tra gli accordi che hanno l'effetto di ripartire i mercati, di particolare interesse è quello volto a coordinare i comportamenti degli operatori nell'ambito di procedure di gare private o pubbliche<sup>44</sup>.

Lottomatica e Sisal hanno partecipato nel modo descritto alla gara indetta da AAMS per l'aggiudicazione dei giochi CONI: chiara la collusione, volta al consolidamento delle rispettive posizioni nelle ricevitorie<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> AG,CM 26 novembre 1998, *Assitalia-Unipol/Azienda USL Bologna*, Boll. 48/98.

<sup>45</sup> Si riporta di seguito, il punto n. 305: «Infine, anche dai documenti più recenti emerge con chiarezza che la collusione delle parti, lungi dall'esser stata limitata ad episodi isolati e tra loro disgiunti, si è invece riferita all'intero mercato dei giochi al fine spartitorio più volte richiamato. Al riguardo, si ricorda che nel Piano strategico 2004-06 del 23 dicembre 2003, Sisal afferma che "Il piano prevede nell'ambito del segmento di mercato di ricevitorie un contesto competitivo caratterizzato da: 1. il consolidamento delle posizioni di Sisal e Lottomatica; 2. la continuità nella gestione in esclusiva da parte degli attuali gestori dei due prodotti di punta del mercato (Lotto e Superenalotto) e di Totip, storicamente gestito da Sisal; 3. l'applicazione del modello di multi-providing agli altri prodotti; 4. Il mantenimento della parziale sovrapposizione delle reti di vendita Sisal e Lottomatica negli esercizi di licenza tabacchi"; e il punto n. 306: «Come emerso dalle risultanze istruttorie e come già in parte chiarito nei precedenti paragrafi, la strategia ripartitoria, perseguita attraverso la salvaguardia delle quote garantite dai prodotti gestiti in esclusiva dalle parti e mediante la co-gestione dei giochi minori, è stata posta in essere dalle parti per evitare l'ingresso di terzi nel mercato e, in particolare, l'eventualità che altri operatori potessero porre le basi per la creazione di una rete di ricevitorie alternativa alle proprie».

Nella spartizione dei vari segmenti, è stata adottata la logica del *do ut des*, secondo l'impostazione del favore economico tra aziende: da questo rapporto corrispettivo ne sono risultati conseguentemente esclusi i terzi, poiché, come visto in precedenza, condizione indispensabile per entrare nel mercato è il possesso di una avanzata rete di distribuzione. Essendo (quasi) impossibile crearla *ex nihilo*, un terzo si sarebbe dovuto appoggiare necessariamente sulle reti utilizzate dalle parti, ma l'atteggiamento di chiusura totale ne ha impedito anche solo l'auspicio<sup>46</sup>.

Le ragioni dell'accordo collusivo sono addirittura contrastanti, poiché mentre per Sisal ciò avrebbe aumentato l'efficienza del mercato, per Lottomatica l'intesa sarebbe stata inevitabile, poiché costretta dalla pendente situazione conflittuale con Sisal (la quale aveva proposto ricorso alla autorità giudiziaria avverso l'aggiudicazione di Lottomatica delle lotterie): la rinuncia alla lite da parte di Sisal-attrice sarebbe stata conseguenza dell'accordo.

D'altronde, qualsivoglia sia la ragione dell'intesa, «il riequilibrio del mercato non può certo essere lasciato agli accordi tra le singole imprese, tesi proprio a ripartirsi il mercato, e il cui effetto sarà sempre quello di ridurre la concorrenza<sup>47</sup>», come è avvenuto nell'episodio annotato.

L'intesa ripartitoria ed escludente – con una rilevante e persistente alterazione della struttura concorrenziale del mercato interessato – risulta molto grave per la sua natura, e soprattutto per la natura delle imprese che l'hanno posta in essere, già in posizione di dominio nel mercato medesimo. La gravità è, inoltre, accentuata dalla circostanza che i comportamenti collusivi sono proseguiti anche dopo l'avvio dell'istruttoria, ed hanno interessato tutti i livelli della filiera, poi-

---

<sup>46</sup> Per fare alcuni esempi, cfr. il punto n. 311: «In sostanza, è chiaro che le parti nel ripartirsi i punti vendita, oltre ad eliminare la concorrenza reciproca, perseguivano l'obiettivo di innalzare le barriere all'accesso nella consapevolezza che l'ingresso di un nuovo operatore che disponesse di una rete di ricevitorie alternativa alle proprie avrebbe messo in discussione il disegno di ripartizione del mercato da esse attuato. E' un fatto che sia Stanley che G-tech (entrambi operatori già attivi nel settore dei giochi in altri Paesi e aventi rilevanti capacità finanziarie) non siano riusciti a penetrare il mercato italiano. E' un fatto che Lottomatica dopo lunghe trattative con G-tech (cominciate al tempo in cui tale impresa stava per formalizzare un'alleanza con Formula Giochi), abbia accantonato il progetto senza neanche fornire a tale operatore spiegazioni sul perché il suo interesse fosse venuto meno».

<sup>47</sup> Consiglio di Stato, 14 gennaio 2002, n. 150.

ché ai soggetti terzi (fossero essi ricevitori, consumatori o operatori) è stata preclusa la possibilità di scegliere liberamente il proprio *provider*. La AGCM ha ritenuto l'impatto negativo molto esteso, poiché l'accordo ha avuto come effetto quello di restringere in maniera consistente la concorrenza. Ne è conseguita, però, una sanzione piuttosto contenuta.

#### 4. Una pena mite.

Comparando la disciplina comunitaria ed italiana a quella d'oltre oceano si comprende l'adeguatezza dell'intestazione della rubrica con cui si analizza la bilancia, piuttosto che la spada, del provvedimento adottato. Ciò dipende dalle diversità nelle tradizioni e nei tempi di intervento pubblico nel mercato, che caratterizzano i vari ordinamenti: sono diversità che negli ultimi quindici anni si sono andate, comunque, attenuando (nella sostanza, dalla promulgazione in Italia della legge antitrust).

Negli Stati Uniti d'America, sono i tribunali federali che applicano detta normativa antitrust: l'impugnazione delle decisioni può portare fino alla Corte Suprema, le cui statuzioni fissano i principi interpretativi della legge.

Agli organi giustiziali possono ricorrere sia i privati sia lo Stato, rappresentato dalla Divisione antitrust del ministero della Giustizia, ovvero dalla *Federal Trade Commission*, che svolgono autonoma attività di indagine.

Nei paesi europei, invece, l'applicazione della normativa è affidata, prevalentemente, a organismi specializzati, dotati di notevole autonomia. Nel passato questi avevano carattere prettamente amministrativo (ad es.: ministeri o enti di emanazione ministeriale), inevitabilmente effettuando un bilanciamento dell'interesse al buon funzionamento del mercato con altri interessi pubblici. Ora gli organi preposti a decidere sull'assetto concorrenziale del mercato hanno acquistato quel ruolo para-giurisdizionale che li assimila a tribunali specializzati.

Il primo esempio fu rappresentato dall'Ufficio Federale dei Cartelli tedesco (*Bundeskartellamt*), istituito con legge nel 1957. Si tratta di una autorità indipendente dal Governo: la sede si trovava, prima dell'unificazione, a Berlino, per rimarcare l'indipendenza, mentre ora si trova a Bonn, e contro le sue decisioni si può ricorrere presso la Cor-

te d'Appello di Düsseldorf.

Sulla scorta del modello tedesco, sono nati il Tribunale della concorrenza spagnolo, il Consiglio della concorrenza francese, il Tribunale della concorrenza inglese e l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato in Italia, struttura altamente professionalizzata e di assoluta indipendenza.

Essi possono essere attivati dall'iniziativa di privati (concorrenti o consumatori), attraverso ricorsi o segnalazioni; oppure hanno facoltà di procedere d'ufficio, qualora si avvedano dell'esistenza di comportamenti restrittivi della concorrenza, come nella questione in commento.

Le decisioni possono essere appellate solo davanti all'autorità giudiziaria: mentre negli altri paesi la giurisdizione è quella ordinaria, la tutela in Italia è, invece, attribuita ai Tribunali amministrativi.

Infine, è la Commissione, l'organo amministrativo della CE, ad applicare la normativa comunitaria: il ricorso avverso le decisioni della Commissione è esperibile presso le due Corti comunitarie, il Tribunale di 1° grado (dal 1991) e la Corte di Giustizia, che, per ciò che attiene alla nomofilassi del diritto comunitario della concorrenza, è equiparata alla Corte suprema americana.

Perché, dunque, una condanna mite? In tutti gli ordinamenti, l'infrazione ai divieti antitrust<sup>49</sup> ha come conseguenza l'invalidità dei rapporti giuridici, che sono alla base dei comportamenti vietati, nonché l'obbligo di rimuoverne gli effetti. Obiettivo precipuo dell'intervento antitrust è non solo di carattere special-preventivo, cioè di rimozione degli illeciti accertati e dei loro effetti, ma, soprattutto, di carattere general-preventivo, attraverso la dissuasione delle imprese dall'attuarli.

Il ricorso a terminologie penalistiche non deve trarre in inganno, poiché procedimento e sanzioni, nel nostro ordinamento, non presuppongono comportamenti di rilevanza penale. Negli Stati Uniti, invece, le infrazioni allo *Sherman Act* sono considerate violazioni di carattere criminale. La responsabilità di una condotta anticoncorrenziale non investe, pertanto, la sola impresa, ma anche chi l'ha decisa ed adottata, ed è punibile con forti multe o, addirittura, con la reclusione.

In Italia, e così in Europa, in genere, le sanzioni hanno carattere amministrativo, e colpiscono, unicamente, le imprese, e non le per-

---

<sup>49</sup> Cfr. *infra*, capitolo 4.1 sulla nullità degli accordi.

sone fisiche. La normativa italiana prevede sanzioni molto elevate, fino a raggiungere, in alcuni casi, il 10% del fatturato complessivo dell'impresa.

Nonostante la gravità con cui l'Autorità ha considerato il prolungato comportamento delle parti, aggravato dalla mancata cessazione dell'intesa, pur in pendenza dell'istruttoria, la sanzione è stata pari al 2% del fatturato delle due imprese<sup>50</sup>, e non ha preso in considerazione i terzi controinteressati, direttamente danneggiati dall'intesa.

Sempre con riferimento al sistema nordamericano, lo *Sherman Act* prevede una tutela civilistica rafforzata: l'impresa riconosciuta pregiudicata dai comportamenti anticoncorrenziali può ottenere, infatti, un risarcimento pari a tre volte i danni subiti (si pensi alla stessa Snai, a G-Tech, a Stanley).

Questa previsione, non applicabile in Italia, fornisce ai soggetti lesi un importante incentivo ad avvalersi della regolamentazione antitrust e rappresenta, per le altre imprese, un notevole deterrente a compiere violazioni. Ciò ha contribuito grandemente alla diffusione, tra le imprese americane, di una cultura attenta alle restrizioni della concorrenza, ed è quello che dovrebbe avvenire in Italia.

L'ossimoro tra la gravità del comportamento e la modesta entità della sanzione connota la prudenza del provvedimento, nonostante l'approfondita istruttoria e la minuziosa disamina, fattuale e giuridica, dell'intesa.

La sanzione amministrativa, per quanto elevata in sé, non scalfisce le rispettive posizioni acquisite dalle parti, ed il corollario della nullità degli accordi intervenuti è soltanto un palliativo a un complesso di intese avvenute, per lo più, attraverso *facta concludentia*.

---

<sup>50</sup> Si riportano, di seguito i punti n. 382 e 383: «Sul punto, si rappresenta che il valore del mercato interessato è stato nel 2003 pari a circa 15 miliardi di euro. In detto mercato, nel 2003, la quota detenuta da Lottomatica è stata di circa il 47% e quella di Sisal di circa il 20%. Nel medesimo anno, il fatturato del gruppo che fa capo a Lottomatica è stato pari a 495,3 milioni di euro (al netto di partite di giro derivanti dall'attività di rivendita di ricariche telefoniche e dalla gestione del bingo spagnolo: il fatturato consolidato riportato nel bilancio 2003, comprensivo di tali partite è stato pari a 956,860 milioni di euro) e quello del gruppo che fa capo a Sisal pari a 139,5 milioni di euro.

Pertanto, applicando i criteri di cui all'articolo 11 della legge 689/81 sopra richiamati e tenuto anche conto degli Orientamenti della Commissione, l'importo base della sanzione da irrogare per l'infrazione è pari a 8 milioni di euro per Lottomatica e a 2,8 milioni di euro per Sisal».

Certamente, anche nell'ottica sanzionatoria, deve valere il principio *nemo plus iuris transferre quam ipse habet*, ma nel caso in esame si è raggiunto l'apice inverso: non si vuole sostenere la congruità di una decisione esemplare, bensì l'opportunità di perseguire quell'ottica general-preventiva che, in questo caso (l'intesa è durata per tre anni e la sanzione si basa soltanto sui dati dell'ultimo esercizio), non è stata sicuramente soddisfatta. Per ciò che attiene alla special-prevenzione, davvero modeste appaiono le sanzioni, soprattutto perché non si è considerata la violazione, pure configurabile, dell'art. 3 della legge antitrust, che punisce l'abuso di posizione dominante.

#### *4.1. La nullità degli accordi: profili sostanziali e profili processuali*

Il par. 2 dell'art. 81 CE, sancisce: «gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto». L'art. 2, co. 3, L. 287/1990 stabilisce: «le intese vietate sono nulle a ogni effetto». Pertanto, le decisioni del giudice ordinario o dell'Autorità Garante non sono costitutive, bensì dichiarative della nullità sancita dal'art. 2, co. 3.

La repressione delle violazioni dell'art. 2, co. 2, è così assistita, oltre che da misure inibitorie e pecuniarie, inflitte direttamente dall'Autorità Garante, anche dalla declaratoria di nullità di diritto civile per contrarietà all'ordine pubblico economico, la cui competenza è affidata alla Corte d'Appello, alla quale è riconosciuta la cognizione esclusiva sulle azioni per l'accertamento della nullità e per la condanna al risarcimento.

Tale declaratoria può eventualmente essere revocata con provvedimento di autorizzazione emesso dall'Autorità Garante, qualora l'intesa risponda ai criteri delineati nell'art. 4 della l. 287/1990. La nullità non riguarda le pratiche concordate, di cui è imbevuta l'intesa *de qua*, che non vengono menzionate nell'art. 2, co. 3, in quanto non creano obbligazioni giuridicamente vincolanti e, dunque, non sono suscettibili di pronuncia di nullità.

La sua disciplina poggia le proprie basi nell'art. 1418 c.c. e, come tale, è imprescrittibile, non è soggetta a convalida, è azionabile da chiunque vi abbia interesse e, infine, rilevabile d'ufficio. Tale previsione, però, non scardina l'intesa, basata piuttosto su pratiche concordate. È per questo che, nel capitolo precedente, si è messo in luce come

detto rimedio rappresenti unicamente un palliativo.

L'Autorità Garante, quindi, dispone soltanto dell'arma delle sanzioni pecuniarie, considerato che la maggioranza delle intese scaturiscono da accordi, la cui sostanza, però, è determinata da fatti concludenti, inseriti nelle nominate pratiche concordate. Nel caso che ci occupa ha utilizzato tale potere, rendendo pressochè inconsistente l'entità della sanzione.

#### 4.2. *L'esenzione dal divieto di intese restrittive.*

L'esenzione, che viene accordata, previa valutazione comparativa dei benefici e dei danni provocati da una determinata intesa, ha la capacità di disattivare, nei riguardi di questa, la portata sanzionatoria del divieto. All'Autorità viene attribuito dalla legge il diritto (discrezionale ed esclusivo) di esentare dall'applicazione del divieto di cui all'art. 2 determinate pratiche restrittive<sup>51</sup>.

Al fine di ottenere l'esenzione in argomento, negata dall'Autorità medesima<sup>52</sup>, Lottomatica e Sisal hanno provveduto a notificare, ai sensi dell'art. 13 legge antitrust, la propria intesa all'Autorità Garante, cercando, ad istruttoria ormai al termine, di porre rimedio a quanto

---

<sup>51</sup> Mangini-Olivieri, *Diritto Antitrust*, cit.: «Nella CE, la facoltà di disporre regolamenti di esenzione è attribuita al Consiglio, che ne ha fatto talora un uso diretto (come, ad esempio, in tema di trasporto terrestre e marittimo: regolamento n. 1017/78), ma più spesso, come accennato, dandone delega alla Commissione (regolamento n. 19/65), che ne ha usufruito adottando numerosi regolamenti di settore. Anche la legge italiana riconosce il potere di disporre per regolamento autorizzazioni in deroga per categorie di accordi all'Autorità Garante, che, peraltro, non ne ha sinora mai fatto uso».

<sup>52</sup> Si riporta il punto n. 195: «Passando alle attività delle parti relative ai singoli giochi, è innanzitutto da segnalare che, in data 13 febbraio 2004, Sisal ha proceduto alla comunicazione all'Autorità dell'accordo sulle lotterie ai sensi dell'articolo 13 e, in via subordinata, dell'articolo 4, comma 1 della legge n. 287/90. Tale comunicazione è stata oggetto di un provvedimento di irricevibilità, adottato dall'Autorità il 20 maggio 2004, motivato dalla circostanza che l'intesa comunicata è già oggetto di valutazione nell'ambito della presente istruttoria.

In particolare, l'Autorità ha rilevato come l'accordo oggetto di notifica fosse stato acquisito nel corso degli accertamenti ispettivi effettuati presso Sisal, nell'ambito dell'istruttoria medesima, in data 18 luglio 2003; che, rispetto all'accordo in questione, entrambe le parti hanno espresso le proprie considerazioni nel corso delle audizioni tecniche svolte con l'ufficio istruttorio; che tale accordo rientra nella più ampia strategia collusiva oggetto del presente procedimento; concludendo che, stante la *ratio* dell'art. 13 della legge 287/90 (il quale presuppone che l'intesa notificata non sia

consolidato da tre anni.

Diversamente argomentando, l'Autorità si sarebbe pronunciata per l'inapplicabilità del divieto, se l'intesa non fosse stata già materia di istruttoria (per questo l'ha dichiarata irricevibile, senza entrare nel merito), nonché se fossero state integrate le condizioni previste dall'art. 81, par. 3, Tratt. CE, da cui sostanzialmente non si discosta l'art. 4, L. 287/1990, e cioè:

- a) l'accordo deve contribuire a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti oppure a promuovere il progresso tecnico od economico. In buona sostanza, l'intesa deve dare luogo ad un miglioramento nelle condizioni dell'offerta sul mercato. Sotto questo aspetto Lottomatica e Sisal hanno determinato esse stesse le condizioni dell'offerta: e, nel momento in cui, si elimina la possibilità di scelta, anche un'offerta ottimale si riduce ad essere obbligata, quindi illecita;
- b) deve sussistere un obiettivo redistributivo, che riservi ai consumatori ed ai ricevitori una congrua parte degli utili che ne derivano. La norma esprime l'esigenza che i vantaggi scaturenti dall'accordo non riguardino soltanto le parti, ma interessino anche i terzi estranei, utilizzatori dei prodotti, in maniera non trascurabile. Questo aspetto non è stato materia dell'intesa, poiché l'obiettivo era unicamente quello di ripartire gli utili, derivanti dalla gestione congiunta dei giochi non in esclusiva, tra i compartecipi e solo tra essi;
- c) non devono esistere restrizioni non indispensabili alla realizzazione degli obiettivi, di cui alla norma. Tale assunto, improntato al principio della proporzionalità, non è stato rispettato, volontariamente e consapevolmente, proprio perché il divario creato tra le imprese *de quibus* ed i terzi operatori ha avuto, come primario requisito, la sproporzione tra accordi e obiettivi: l'obiettivo perseguito dalle parti non era quello di migliorare l'offerta, ma quello di restringere il mercato a soli due operatori, con ripartizione delle aree di rispettivo interesse. Pertanto, può concludersi che tutte le restrizioni sono state indispensabili per realizzare obiettivi illeciti;
- d) ai protagonisti dell'accordo non deve essere offerta la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui

---

già oggetto di istruttoria), la circostanza che l'Autorità stesse già esercitando i propri poteri istruttori nell'ambito del più ampio contesto collusivo del procedimento avviato in data 16 luglio 2003, rendesse, come detto, irricevibile la comunicazione di Sisal. Cfr. il provvedimento adottato, al riguardo, dall'Autorità in data 20 maggio 2004».

trattasi. Nella nota, si è visto come la volontà fosse volta a paralizzare la concorrenza su piccoli prodotti, attraverso la gestione congiunta, al fine di evitare un'erosione di quelli esclusivi, inevitabile se altri operatori fossero entrati sul mercato.

Ciò che resta, in definitiva, è la mitezza della decisione.

#### *4.3. Intese restrittive della concorrenza: profili di risarcibilità.*

Il principale obiettivo che ispirò il legislatore dello *Sherman Act* era la tutela dei consumatori nei confronti dello strapotere delle grandi imprese, e, in particolare, la garanzia del loro diritto a pagare per ogni prestazione il prezzo più vicino possibile al costo concorrenziale, senza subire il potere di mercato delle imprese stesse: protezione del consumatore a non vedersi sottrarre la propria ricchezza. L'affermarsi, poi, di concentrazioni di potere economico avrebbe gravemente minacciato un'equa distribuzione delle opportunità e della ricchezza (è la c.d. funzione allocativa e redistributiva).

In Italia l'ispirazione è incardinata nella Carta Costituzionale. «*Le disposizioni della presente legge in attuazione dell'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese...*» Così si esprime l'art 1 della l. 287/1990, e il richiamo del legislatore alla norma costituzionale è finalizzato a fornire la chiave di lettura globale del sistema<sup>53</sup>.

L'art. 41, che costituisce una delle norme fondamentali della parte economica della nostra Carta, sancisce: «L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali».

---

<sup>53</sup> Bagnetti, *La Costituzione economica italiana. Interpretazione e proposte di riforma*, Milano, 1993, 52, afferma che «la complessiva "costituzione economica" oggi vigente in Italia risulta composta non solo dai principi della nostra Costituzione in materia ma anche, per incastro, dai relativi principi fondamentali del diritto comunitario. E nell'incastro, là dove gli uni e gli altri si riferiscono ai medesimi oggetti, i secondi devono prevalere sui primi». Cfr., nello stesso senso, Meli, *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione di prezzi "non equi"*, Milano, 1989.

La legge costituzionale e ordinaria esplicitata si propone, in sostanza, di rimuovere ogni genere di barriera all'ingresso sui mercati, per garantire che chiunque abbia la possibilità di parteciparvi, tenendo, così, viva quella insostituibile fonte di pressione concorrenziale costituita dalla *workable competition*. Inoltre, il principio trova applicazione anche in relazione alla tutela della possibilità di espansione, che deve essere garantita ad ogni impresa già presente sul mercato, per poter partecipare all'offerta in maniera efficiente: il tutto al fine di assicurare la protezione del diritto, che deve essere riconosciuto ad ogni imprenditore, di non essere estromesso con mezzi illeciti dal mercato. In questa prospettiva, tale principio assicura un'efficace tutela ai concorrenti e a qualunque altra impresa, anche operante su diversi livelli della filiera.

La normativa antitrust è l'espressione della scelta, fatta propria dalla Costituzione nel 1948, per un sistema di libero mercato orientato a fini sociali, e di tale scelta è anche il generale e principale garante. Ciò significa che tale fonte si pone come un ulteriore livello di protezione dei valori sociali, che fa da sfondo a quelli costituiti dalle leggi settoriali, ove presenti, e garantisce, comunque, una forma di tutela, governata dai principi del libero mercato, ove non ne esista alcuna più specifica<sup>54</sup>.

Problemi sorgono quando, come nel caso in esame, due imprese alterino l'allocazione e la redistribuzione della ricchezza attraverso pratiche volte ad escludere la concorrenza. Si configura un danno di carattere extracontrattuale: la valutazione sull'ingiustizia del danno è, però, facilitata grazie al ricorso al principio scaturito dal combinato disposto dell'art. 41 con la L. 287/1990. L'attuazione di così fondamentali principi costituzionali e la considerazione che la legge si pone come strumento di libertà portano, inevitabilmente, a considerare, con un certo ottimismo, la possibilità di individuare posizioni soggettive per i privati.

Ancora, però, non si comprende chi può agire per il risarcimento dei danni. L'art. 41, co. 3, Cost., a tal proposito, introduce la predisposizione di adeguati interventi, al fine di indirizzare e coordinare l'attività economica verso obiettivi sociali. Le interpretazioni più avanzate pongono tra i controlli dei sistemi moderni proprio i mecca-

---

<sup>54</sup> Toffoletto, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996.

nismi di tutela giurisdizionale che consentono una diretta tutela di tutti i cittadini, senza la necessità del tramite dell'azione amministrativa della P.A..

I singoli individui, oltre, ovviamente, alle imprese danneggiate dall'intesa, sono, quindi, oggetto di protezione da parte dell'ordinamento e possono agire per il ripristino delle proprie posizioni soggettive nell'ambito delle regole generali sull'illecito aquiliano<sup>55</sup>, alle quali si rinvia.

### 5. Considerazioni conclusive

Il diritto antitrust è nato per tutelare la concorrenza, motore dello sviluppo economico di ogni paese. E, quando la concorrenza viene messa in crisi, l'Autorità non riesce sempre ad avere quella funzione deterrente che, invece, dovrebbe possedere. La decisione commentata, tra l'altro intervenuta con grave ritardo rispetto all'inizio dell'intesa, è l'epifania di un ruolo ancora contraddittorio dell'Autorità, la quale si affida a valutazioni, in alcuni casi, di eccessiva prudenza, non salvaguardando i danni economici, che le intese cagionano alla concorrenza.

Benché i diversi livelli della filiera (ricevitori, consumatori e terzi operatori) siano stati gravemente pregiudicati, secondo i giudici dell'Autorità, delle tre funzioni insite nell'azione risarcitoria, ossia compensazione, deterrenza e sanzione, soltanto quest'ultima è stata effettivamente predisposta, peraltro, nella misura già commentata. In realtà, la nozione stessa di sanzione, o meglio la sua entità, racchiuderebbe in sé le definizioni di deterrenza e compensazione, ma tale entità deve essere equa e proporzionata ai fatti, perché, anche sotto questi due aspetti, necessari ma non sufficienti nell'ottica risarcitoria, possa rilevare.

---

<sup>55</sup> Salvi, *Il danno extracontrattuale: modelli e funzioni*, Napoli, 1985, p. 83: «L'idea di fondo che percorre, a partire dai giusnaturalisti, l'intera trama dell'istituto, è che la funzione della responsabilità aquiliana risieda nella restaurazione dell'equilibrio preesistente, perturbato ingiustamente dalla condotta di un soggetto, a svantaggio di un altro. Colpa, *iniuria* e danno non esprimono tre giudizi ben distinti, ma aspetti del medesimo giudizio, finalizzato a fondare la responsabilità dell'agente per le conseguenze del suo comportamento... Nessuna funzione è, se isolatamente considerata, sufficiente a spiegare l'intera struttura del giudizio aquiliano. Ma c'è di più: le diverse funzioni vanno considerate in relazione al ruolo che svolgono nelle diverse fasi del giudizio».

*Est modus in rebus: sunt certi denique fines, quos ultra citraque nequit consistere rectum*<sup>56</sup>. I confini della sanzione diventano precisi quando in sè racchiudono la deterrenza e la compensazione.

Nel nostro sistema la responsabilità da atto illecito (in cui viene inserita l'intesa restrittiva della concorrenza) ha, innanzitutto, la funzione di riparare il danno subito dalla vittima (nel linguaggio anglosassone la si chiama *compensation*): in questo caso si parla di danno patrimoniale.

Alla funzione compensativa si affianca, prima fra tutte, quella punitivo-sanzionatoria (la c.d. *deterrence*, con ciò dovendosi intendere la capacità della sanzione di dissuadere il potenziale autore di un atto illecito dal commetterlo): qui si ha il danno non patrimoniale.

La sanzione in senso stretto evidenzia l'illiceità accertata di una condotta, ma non deve avere una funzione meramente dichiarativa: deve essere costitutiva di un *modus operandi* legittimo, che scoraggi coloro che tentino di aggirarlo.

La presente decisione si è limitata a quantificare soltanto in termini monetari (tra l'altro modesti) la gravità della sanzione, senza dettare principi operativi sul mantenimento dell'efficienza del mercato, e senza intervenire sulla legittimità attuale delle concessioni ministeriali sui giochi di Sisal e Lottomatica.

A parte questa breve riflessione di merito, l'Autorità non ha considerato la violazione dell'art. 3 della L. 287/1990, ossia l'abuso di posizione dominante (definita anche potere di mercato), che la dottrina maggioritaria ammette anche in una configurazione collettiva, come punto di partenza dell'intesa.

Il diritto antitrust, dalla sua introduzione, è divenuto uno strumento estremamente versatile, adatto per proteggere l'interesse di tutti i protagonisti del mercato. A questo punto, soltanto l'Autorità ordinaria, ritualmente adita, potrà venire incontro ai diritti soggettivi lesi degli operatori pregiudicati dall'intesa, sotto il profilo del risarcimento del danno a titolo extracontrattuale.