

On. Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato

Piazza G. Verdi n. 6/A

00198 - Roma

Segnalazione, a norma dell'art. 12 della Legge 10 ottobre 1990 n. 287, di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante nel mercato dei servizi odontoiatrici ad opera di compagnie assicurative e di soggetti intermediari che gestiscono il convenzionamento con odontoiatri e medici

L' ANOMeC - ASSOCIAZIONE NAZIONALE ODONTOIATRI E MEDICI CONVENZIONATI (p. iva 11067590965; cod. fisc. 97855290157), con sede in Milano, via Leopardi n. 8, in persona del presidente e legale rappresentante dott.ssa Maria Rita Vannetti, conferendo all'uopo mandato di rappresentarla ed assisterla nel presente procedimento congiuntamente e disgiuntamente ai proff. avv. Pietro Ichino del foro di Milano (cod. fisc. CHNPTR49C22F205B - pec: pietro.ichino@milano.pecavvocati.it) e Massimo Pallini del foro di Roma (cod. fisc. PLLMSM66E06H501P - pec: studiopallini@pec.it), intende segnalare a norma dell'art. 12 della legge n. 287/90 la condotta restrittiva e distorsiva della concorrenza sia nel mercato delle assicurazioni sanitarie sia in quello degli odontoiatri e dei medici, di seguito indicata e descritta, affinché l'Autorità garante della concorrenza e del mercato voglia aprire una istruttoria ex art. 14 della stessa legge e, accertata la fondatezza della presente segnalazione, diffidare i soggetti autori delle condotte anticoncorrenziali rilevate ad interromperle, a rimuoverne degli effetti lesivi e, in caso di inottemperanza, applicare nei loro confronti le sanzioni di cui all'art. 15 della legge n. 287/90.

1. La legittimazione e l'interesse del soggetto segnalante

L'ANOMeC - Associazione Nazionale Odontoiatri e Medici Convenzionati Associazione Nazionale Odontoiatri e Medici Convenzionati è una associazione non riconosciuta che ha tra i suoi scopi statutari specificamente quello di promuovere e assicurare la *“tutela dell'attività medica e odontoiatrica nell'ambito dei rapporti con le Compagnie Assicuratriche che gestiscono la Sanità Integrativa nelle forme di Convenzionamento diretto e indiretto, per poter garantire lo standard qualitativo migliore delle prestazioni erogate nell'interesse dei pazienti convenzionati”* (art. 2 statuto – all. 1).

2. I caratteri del mercato rilevante

La legge 21 febbraio 1963 n. 244 e il d.P.R. 17 febbraio 1992 dettavano un tariffario minimo, cui i medici e gli odontoiatri erano tenuti ad attenersi, vietando loro di praticare tariffe inferiori per le loro prestazioni.

L'art. 2 del decreto-legge 4 luglio 2006 n. 223 (c.d. Decreto Bersani), convertito con modificazioni nella legge 4 agosto 2006 n. 248, ha successivamente abrogato queste disposizioni legislative e regolamentari che prevedevano, con riferimento alle attività libero-professionali e intellettuali, l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime. È stata abrogata pertanto anche la legge n. 244 del 1963; e i minimi tariffari fissati con il d.P.R. 17 febbraio 1992 non sono più in vigore.

Pertanto al momento gli odontoiatri e i medici hanno la libertà di praticare sul mercato le tariffe che intendono discrezionalmente applicare ai propri pazienti. Non sono consentite intese fra i professionisti, neppure se dettate o governate dall'Ordine professionale, tese a imporre alla clientela un tariffario uguale e predefinito, in quanto ciò costituirebbe una condotta anticoncorrenziale, vietata dalla normativa nazionale e comunitaria in materia di prestazione di servizi professionali (cfr. sul punto le sentenze della Corte di Giustizia europea 19 febbraio 2002, C 35/99, Arduino; 18 giugno 1998, C 35/96, Spedizionieri doganali; 5 giugno 1996 C 438/96,

Fenex). Né l'Ordine, né altri soggetti hanno il potere di stabilire tariffe predeterminate per le prestazioni libero-professionali imponendole ai propri associati. Eventuali indicazioni in materia tariffaria, quindi, possono essere fornite solo come meri suggerimenti di comportamento, ma non vincolanti in alcun modo per il professionista e per il cittadino.

Tuttavia il Codice Deontologico dei medici oggi vigente, pur riconoscendo la libertà di determinazione del prezzo dei servizi tra medico e paziente, detta all'art. 54 del Titolo IV alcuni importanti principi in tema di onorari professionali che il medico deve osservare a tutela della qualità dei servizi prestati. Questo articolo recita: "*il medico, nel perseguire il decoro dell'esercizio professionale, ed il principio dell'intesa preventiva, commisura l'onorario alla difficoltà ed alla complessità dell'opera professionale, alle competenze richieste, ed ai mezzi impiegati, tutelando la qualità e la sicurezza della professione*". Viene dunque stabilito il principio che in ogni caso l'onorario deve essere decoroso, nel senso che, a tutela della qualità e sicurezza della prestazione, deve essere commisurato alla difficoltà, alla complessità e alla qualità dell'opera, tenuto conto delle competenze professionali e dei mezzi impiegati allo scopo.

Tali principi devono essere osservati anche quando non sia il paziente a negoziare direttamente con l'odontoiatra o il medico il corrispettivo della prestazione, ma a negoziare sia la compagnia assicuratrice dalla quale il paziente è assicurato contro il rischio di dover sostenere queste spese sanitarie-odontoiatriche.

Negli ultimi anni, per effetto di una disciplina fiscale fortemente incentivante (art. 51 T.U.I.R.), si è notevolmente diffusa la contrattazione aziendale di misure c.d. di "welfare aziendale", che frequentemente comprendono forme di assistenza sanitaria integrativa a favore dei lavoratori, con copertura del costo della polizza assicurativa sanitaria a carico dell'impresa datrice di lavoro, ottenuta dall'impresa mediante convenzione con una compagnia assicurativa. Tra le prestazioni sanitarie garantite da dette polizze assicurative sono incluse le prestazioni odontoiatriche, che costituiscono quota rilevante dei servizi sanitari resi in favore dei lavoratori assicurati in ragione della nota insufficienza delle prestazioni odontoiatriche che il S.S.N. è in grado di assicurare rispetto a qualità e quantità della domanda dell'utenza.

Il mercato delle polizze assicurative sanitarie ha carattere oligopolistico: 5 compagnie assicurative raccolgono il 75,39% dei premi del mercato italiano: Unipol 23,37%, Generali 21,28%, Rbm 15,91%, Allianz 9,7%, Reale Mutua 5,13% (dati anno 2017, fonte: CITONI G., PIPERNO A., *Terzi paganti privati in sanità: assicurazioni e fondi sanitari*, in *Politiche Sanitarie*, vol. 20, 1, 2019).

Queste compagnie assicurative offrono la copertura assicurativa per le prestazioni odontoiatriche e sanitarie nel caso in cui le stesse siano state rese in favore dei lavoratori assicurati da odontoiatri e medici a loro volta convenzionati con soggetti intermediari – società direttamente controllate o cc.dd. TPA (*Third Party Administrator*) – cui le compagnie assicurative affidano l’incarico sia di gestione amministrativa dei sinistri sia di organizzazione e gestione del rapporto di convenzionamento con gli odontoiatri e con i medici. Gli “intermediari” di cui le compagnie che detengono la quota prevalente del mercato delle assicurazioni sanitarie integrative si avvalgono, per garantire la copertura assicurativa delle prestazioni odontoiatriche e sanitarie, sono: **UniSalute S.p.A.**, con sede in via Larga n. 8, Bologna; **Pronto Care S.a.**, con sede in via Tito Livio n. 1, Chiasso; **Previmedical S.p.A.**, con sede in via Forlanini n. 24, in Loc. Borgo Verde, Preganziol (TV); **Blue Assistance S.p.A.**, con sede in via Santa Maria n. 11, Torino.

Queste imprese “intermediarie” instaurano il rapporto diretto di convenzionamento con l’odontoiatra o il medico, determinano unilateralmente le prestazioni che questi si obbligano a offrire in favore del lavoratore beneficiario della polizza assicurativa garantita dall’accordo di welfare aziendale e il relativo tariffario di dette prestazioni in base al quale verranno pagati i compensi dovuti dall’odontoiatra per le prestazioni rese.

Molte polizze assicurative sanitarie garantite da accordi di welfare aziendale escludono totalmente che il lavoratore beneficiario di detta polizza possa avvalersi delle prestazioni di un odontoiatra di sua fiducia “non convenzionato” e ricevere il rimborso del corrispettivo pagato o di parte di questo (cfr. in via esemplificativa all. 2 - polizza assicurativa Rbm per i dipendenti del gruppo RAI, punto 4, pag. 3; all. 3 – guida alla polizza assicurativa Unisalute per i dipendenti delle imprese artigiane che aderiscono al Fondo SAN.ART., pag. 14). Nell’ipotesi in cui il lavoratore

decida egualmente di avvalersi del professionista “non convenzionato” non ha diritto ad alcuna prestazione assicurativa e di fatto rinuncia a valersi del beneficio di welfare aziendale.

Le polizze assicurative sanitarie garantite da accordi di welfare aziendale che, invece, non precludono totalmente la possibilità per il lavoratore di avvalersi delle prestazioni di un professionista di sua fiducia ancorché “non convenzionato” comunque cercano in numerose ipotesi di disincentivare fortemente questa scelta del lavoratore penalizzandolo nei seguenti modi, anche compresenti e combinati nella stessa polizza:

- i) sono previsti dei massimali di copertura che non operano o che sono assai più elevati qualora la persona interessata ricorra a un odontoiatra o a un medico “convenzionato” (cfr. in via esemplificativa all. 3 – guida alla polizza assicurativa Unisalute per i dipendenti delle imprese artigiane che aderiscono al Fondo SAN.ART., pag. 22; all. 4 - polizza assicurativa Previmedical S.p.A. in favore dei dipendenti delle imprese metalmeccaniche iscritte al Fondo Metasalute, punto D.1.2; all. 5 – guida alla polizza assicurativa Unisalute in favore dei dipendenti delle piccole e medie imprese metalmeccaniche iscritte al Fondo E.B.M. salute, pagg. 20 - 25);
- ii) sono previste delle franchigie che non operano o che sono assai più basse qualora la persona interessata ricorra a un odontoiatra o a un medico “convenzionato” (cfr. in via esemplificativa: all. 6 - polizza assicurativa Rbm per i dipendenti dell’Agenzia delle entrate e delle imprese di riscossione che aderiscono al Fondo Assistenza Previdir, punti A.5, A.6, B.1, B.2, B. 3, B.4 pagg. 14 - 18; all. 7 – guida alla polizza assicurativa Unisalute per i dipendenti delle imprese del commercio, turismo e servizi che aderiscono al Fondo Est, pag. 16);
- iii) sono escluse delle tipologie di prestazioni che sono invece assicurate qualora la persona interessata ricorra a un odontoiatra o a un medico “convenzionato” o se ne prevede il rimborso soltanto in misura parziale (cfr. in via esemplificativa: all. 8 - scheda coperture della polizza Pronto-Care per il personale del Gruppo UniCredito Italiano iscritti a Uni.C.A. - UniCredit Cassa di Assistenza);

iv) per ottenere la copertura assicurativa, sono richieste alla persona interessata certificazioni mediche o autorizzazioni preventive da parte della compagnia assicuratrice o gravosi adempimenti amministrativi, che invece non sono richiesti qualora essa si avvalga di un odontoiatra o ad un medico “convenzionato” (cfr. in via esemplificativa all. 5 – guida alla polizza assicurativa Unisalute in favore dei dipendenti delle piccole e medie imprese metalmeccaniche iscritte al Fondo E.B.M. salute, pagg. 20 - 25).

È di tutta evidenza come tali previsioni delle polizze assicurative comprimano significativamente, quando non sopprimono del tutto, la libertà di scelta dell’utente-lavoratore, il quale non seleziona direttamente la compagnia assicuratrice, né negozia tipo e condizioni di polizza giacché tutti questi aspetti sono convenuti in sede di contrattazione aziendale tra il datore di lavoro e le rappresentanze sindacali. La persona beneficiaria può soltanto aderire o no alla polizza assicurativa integrativa offerta dal proprio datore di lavoro quale misura di welfare aziendale; non assoggettarsi alle condizioni dettate da questa polizza significa perdere la possibilità di godere del beneficio di welfare garantito dal contratto collettivo applicato al suo rapporto di lavoro e, conseguentemente, sostenere in proprio l’intero costo delle prestazioni odontoiatriche o mediche.

3. Le condotte nel mercato rilevante degli operatori imprenditoriali che gestiscono la quota assolutamente maggioritaria dello stesso mercato

Di recente si è registrata una convergenza delle condotte e pratiche commerciali sia delle cinque compagnie assicurative che controllano la quota maggioritaria del mercato rilevante, sia dei soggetti “intermediari” di cui queste si avvalgono.

Per un verso, le prime offrono alle imprese (che intendono fornire ai propri dipendenti una copertura assicurativa sanitaria integrativa quale misura di welfare aziendale) esclusivamente polizze cc.dd. di “assistenza diretta” della prestazione sanitaria, le quali cioè non garantiscono all’assicurato il rimborso totale o parziale delle spese che ha sostenuto per prestazioni

odontoiatriche o sanitarie da parte di un professionista di propria fiducia (c.d. “assistenza rimborsuale”), bensì la possibilità di godere gratuitamente di dette prestazioni a condizione che l'assicurato scelga un professionista convenzionato con il network organizzato e gestito dai soggetti “intermediari” di cui si avvalgono le compagnie assicurative. Anche dove vengono convenute delle polizze che ammettono l’“assistenza rimborsuale”, la fruizione di questo tipo di beneficio da parte della persona assicurata spesso viene fortemente disincentivato attraverso la previsione delle penalizzazioni sopra descritte.

Per altro verso, i soggetti “intermediari” stipulano con gli odontoiatri ed i medici accordi di convenzionamento o di partnership che obbligano questi ultimi a rendere le prestazioni sanitarie in favore dei lavoratori beneficiari delle polizze assicurative in esame esclusivamente in regime di “assistenza diretta”, obbligandosi cioè a ricevere il compenso dovuto esclusivamente e direttamente da questi soggetti intermediari nella misura determinata dal tariffario delle prestazioni odontoiatriche e sanitarie dettato da questi ultimi. I professionisti convenzionati, dunque, assumono l’obbligazione contrattuale non solo di rendere le prestazioni in favore dell’assicurato senza chiedergli di anticipare il pagamento dell’intero compenso per le prestazioni sanitarie, ma **anche di astenersi dal richiedergli il pagamento di un compenso integrativo rispetto all’importo dettato dal tariffario** per quella prestazione. La violazione di queste obbligazioni da parte del professionista convenzionato è causa di risoluzione del contratto intercorrente con il soggetto intermediario.

Pertanto l’odontoiatra o il medico, per aver accesso a un parte molto rilevante (come si è detto, quasi l’80%) del mercato delle prestazioni odontoiatriche e sanitarie rese in favore di persone che godono di una polizza assicurativa sanitaria quale misura di welfare aziendale, deve necessariamente convenzionarsi con il network di professionisti gestito da un soggetto intermediario o comunque – nei limiti in cui sia ammessa anche l’“assistenza rimborsuale” – accettare di applicare inderogabilmente il tariffario da questo dettato, anche qualora la tariffa ivi indicata risulti incongrua rispetto alla particolare complessità della prestazione richiesta da uno specifico caso.

Questi soggetti intermediari hanno, inoltre, significativamente e parallelamente ridotto sia le tariffe riconosciute agli odontoiatri convenzionati sia i massimali entro cui riconoscono il diritto al rimborso all'assicurato che si è avvalso di un professionista convenzionato per le prestazioni rese in favore degli assicurati. I tariffari applicati dai soggetti intermediari sopra indicati per le più comuni prestazioni odontoiatriche prevedono tariffe non solo molto ridotte rispetto alle tariffe professionali correnti, ma anche fra loro notevolmente allineata (cfr. all. 9).

4. Le infrazioni della disciplina della concorrenza segnalate

4.1. *Ingiustificata limitazione della libertà di scelta del consumatore/assicurato.* – La condotta denunciata posta in essere congiuntamente dalle compagnie assicurative e dalle società intermediarie che controllano la quota maggioritaria del mercato delle assicurazioni sanitarie integrative, pari quasi all'80% dei premi (volta a precludere o disincentivare la possibilità del lavoratore assicurato che gode di una polizza sanitaria quale misura di welfare aziendale di ricorrere alla c.d. "assistenza rimborsuale" per la copertura delle spese per le prestazioni odontoiatriche) porta con sé una ingiustificata limitazione della libertà del consumatore/assicurato di scegliere l'odontoiatra o il medico che offre la prestazione di qualità migliore, limitazione che si traduce in una sproporzionata compressione del diritto costituzionale derivante dal combinato disposto del principio di autonomia negoziale individuale, di cui all'art. 2 Cost., e di quello di tutela della salute, di cui all'art. 32.

Corollario di questo diritto costituzionale è appunto la facoltà del paziente di scegliere liberamente il medico dal quale farsi curare; facoltà che certamente non è assoluta, ma che può conoscere limiti e compressioni soltanto se giustificate da altri diritti di pari rango (cfr. Corte Cost., 27 luglio 2011, n. 248). Per esempio, gli articoli 8 e ss. del d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502 riconoscono al paziente l'esercizio di tale diritto di scelta tra tutti i medici e le strutture del S.S.N.

nei limiti in cui questo sia compatibile con i principi di efficienza ed economicità della organizzazione dei servizi pubblici di cui all'art. 97 Cost.

Orbene, precludere o comunque fortemente disincentivare nelle previsioni delle polizze di assicurazione sanitaria integrativa la possibilità per la persona assicurata di ricorrere alla “assistenza rimborsuale” delle prestazioni odontoiatriche e mediche comporta una ingiustificata restrizione del diritto del paziente alla scelta del proprio medico di fiducia quando questo non sia convenzionato con la compagnia assicuratrice o con il soggetto intermediario di cui si avvale e non applichi il tariffario dettato da quest'ultime, in particolare quando il paziente/assicurato sia un lavoratore beneficiario di una polizza assicurativa stipulata dal proprio datore di lavoro quale misura di welfare aziendale e, dunque, egli non abbia personalmente selezionato la compagnia assicurativa, non abbia possibilità di risolvere il contratto di assicurazione e stipularlo con una diversa compagnia, e la decisione di avvalersi di un professionista di sua fiducia non convenzionato comporti integralmente o in misura rilevante la perdita del trattamento di welfare aziendale.

D'altronde deve ritenersi che la scelta del proprio medico di fiducia soddisfi il diritto costituzionale alla salute esattamente nei medesimi termini in cui il diritto di scelta del proprio avvocato di fiducia soddisfa il diritto a una adeguata difesa di cui all'art. 24 Cost. Il diritto europeo ha adeguatamente bilanciato quest'ultimo diritto della persona con le libertà di autonomia imprenditoriale e di concorrenza prevedendo, per un verso, che le polizze assicurative per la tutela giudiziaria non possano mai precludere alla persona assicurata di ricorrere alla difesa di un avvocato di sua fiducia seppur non convenzionato con l'assicurazione (cfr. art. 3, co. 2 lett. c), Direttiva CE 87/34), e, per altro verso, che non sia incompatibile con la garanzia di questo diritto la possibilità per la compagnia di assicurazione – a tutela delle proprie prerogative imprenditoriali – di limitare la copertura della polizza entro dei tetti massimi di rimborso delle spese legali della persona assicurata, oltre le quali grava integralmente su quest'ultimo l'onere economico del compenso dell'avvocato prescelto (cfr. Corte giust. 7 novembre 2013, C 442/12, *Sneller*, punto 26; Corte giust. 26 maggio 2011, C 293/10, *Stark*, punto 33).

Anche con riguardo alle polizze assicurative sanitarie la totale preclusione o la forte penalizzazione per l'assicurato/paziente di avvalersi della "gestione indiretta" delle spese sanitarie sostenute per il compenso del medico di propria fiducia, seppur entro i tetti di spesa per prestazione dettati dalla polizza assicurativa, segna uno sbilanciamento a discapito del diritto alla salute (ex art. 32 Cost.) e a favore delle libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza (ex art. 41 Cost.) delle compagnie assicuratrici, che rende tali clausole delle polizze assicurative integrative, in particolare se oggetto di misure di welfare aziendale, nulle a norma dell'art. 1418 c.c. in quanto incompatibili con il disposto precettivo della Carta costituzionale.

4.2. Anticoncorrenzialità dell'intesa "orizzontale" o della pratica concordata tra le compagnie assicuratrici e/o tra i soggetti "intermediari" e di quella implicita tra le imprese clienti che sottoscrivono le convenzioni proposte dalle compagnie. – Le prassi contrattuali qui segnalate non sembrano esser frutto neppure di un genuino esercizio della libertà di concorrenza tra imprese, bensì piuttosto porsi in violazione dei principi regolatori di questa.

L'art. 101 del Trattato UE (ex articolo 81 del TCE) prevede per quanto rileva nel caso in esame che:

*1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e **che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza** all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel:*

*a) fissare direttamente o indirettamente i **prezzi d'acquisto o di vendita** ovvero altre condizioni di transazione ...*

Gli accordi, formali o informali, tendenti a "impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza" sono dunque vietati non soltanto quando tendono ad alterare la competizione sul versante dell'offerta di beni o servizi, ma anche quando tendono ad alterarla sul versante della

domanda. L'ordinamento europeo non combatte soltanto le pratiche tendenti a determinare in un mercato di beni o servizi situazioni di monopolio od oligopolio, o comunque distorsioni di tipo monopolistico od oligopolistico, ma anche le pratiche tendenti a determinare situazioni di monopsonio, o comunque distorsioni di tipo monopsonistico.

Nell'ordinamento italiano la legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato) ha recepito queste disposizioni dell'art. 101 del TFUE prevedendo all'art. 2 che *“Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari”* e dettando una esemplificazione casistica del tutto analoga a quella prevista al livello europeo, incluso il riferimento alle modalità di determinazione dei prezzi.

Nel caso qui in esame, le condotte perfettamente convergenti da ultimo adottate dalle compagnie assicurative e dai soggetti intermediari di cui si avvalgono, che si trovano congiuntamente in una posizione dominante nel mercato delle polizze assicurative integrative – volte a escludere o disincentivare la possibilità delle persone assicurate di beneficiare di polizze sanitarie quali servizi di “welfare aziendale” che consentano il ricorso a medici di loro fiducia per le prestazioni odontoiatriche in regime di “assistenza diretta” e ad applicare nelle convenzioni con gli odontoiatri e i medici tariffari del tutto simili e ampiamente inferiori alle tariffe comunemente praticate nel libero mercato – costituisce una prova quantomeno presuntiva del fatto che le stesse condotte sono frutto di intese anticoncorrenziali intercorse tra questi soggetti al fine di condizionare il prezzo delle prestazioni odontoiatriche e sanitarie garantite ai propri assicurati.

Si tratta di intese incompatibili con le previsioni dell'art. 101 TFUE e dell'art. 2 della legge n. 287/90 in quanto sono “orizzontali”, intercorrono cioè tra soggetti in competizione tra loro che operano sullo stesso piano della catena di produzione e/o di vendita dei medesimi servizi, e hanno quale *oggetto* la determinazione concordata dei prezzi di acquisto dei servizi degli odontoiatri e dei medici. Tali intese appaiono, dunque, *strutturalmente* volte a eliminare tra le compagnie assicurative o i loro intermediari operativi la concorrenza, che potrebbe altrimenti concretarsi nel

negoziare tariffe differenziate con gli odontoiatri e i medici al fine di concludere accordi, per esempio, con un numero di professionisti più elevato rispetto alle altre compagnie, o con quelli di maggior competenza ed esperienza.

Questa limitazione della concorrenza tra compagnie assicuratrici nell'acquisizione dei servizi odontoiatrici e sanitari reca un manifesto vantaggio alle stesse, consentendo loro di comprimere il costo di detti servizi cui esse debbono far fronte per offrire la copertura assicurativa da garantire alle persone beneficiarie di trattamenti di "welfare aziendale". La compressione concordata del costo di un servizio intermedio consente alle compagnie assicurative o ai loro soggetti intermediari di incrementare artificialmente il margine di utile che traggono dalla vendita sul mercato assicurativo del loro prodotto finale, ovvero le polizze assicurative che vendono alle imprese quale trattamento di "welfare aziendale".

Questa valutazione non è inficiata dalla circostanza che ciascuna compagnia di assicurazione operante nel mercato apertosi con la diffusione degli accordi sul c.d. welfare aziendale finisca con lo svolgere la funzione di "ente esponenziale" rappresentativo dell'interesse collettivo della pluralità di dipendenti delle imprese stesse, che sono i destinatari della copertura assicurativa. La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha più volte affermato al riguardo che le pratiche vietate dall'articolo 101 del Trattato possono anche manifestarsi sotto forma di convenzione o contratto collettivo alla cui stipulazione abbia partecipato una pluralità di imprese il cui oggetto travalichi la funzione del miglioramento degli standard di trattamento delle persone che lavorano, estendendosi alla regolazione della prestazione di servizi da parte delle imprese stesse (v. tra le prime la notissima sentenza 21 settembre 1999, Albany, C-67/96), alla regolazione delle tariffe minime dei lavoratori autonomi, quali gli orchestrali (Corte Giust., 4 dicembre 2014, C-413/13), o comunque a materie attinenti a mercati diversi rispetto a quello del lavoro. Soltanto gli accordi conclusi nell'ambito di trattative collettive tra parti sociali destinati esclusivamente a migliorare le condizioni d'impiego e di lavoro devono essere considerati, per la loro natura e il loro oggetto, estranei all'ambito di applicazione dell'art. 101, n. 1, TFUE (v., in tal senso, la sentenza citata Albany, punto 60; Brentjens', punto 57; Drijvende Bokken, punto 47; sentenze 12

settembre 2000, cause riunite da C- 180/98 a C- 184/98, Pavlov e a., Racc. pag. I- 6451, punto 67, nonché 21 settembre 2000, causa C- 222/98, van der Woude, Racc. pag. I- 7111, punto 22).

Nel caso in esame la natura e l'oggetto dell'intesa *orizzontale* intervenuta tra le compagnie assicurative e/o i loro soggetti intermediari non sono certo assimilabili alla natura e all'oggetto propri degli accordi collettivi aziendali intervenuti tra aziende e organizzazioni sindacali volti a stabilire quali e quante prestazioni assicurative vengono erogate dalle prime ai propri dipendenti a titolo di "welfare aziendale", esclusi dall'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE (cfr. Corte Giust. 3 marzo 2011, C-437/09). Gli accordi tra compagnie assicurative, infatti, così come quelli tra le stesse e le imprese loro clienti, sono accordi commerciali che, seppur mirati a soddisfare le obbligazioni assunte dalle imprese stesse con la contrattazione aziendale, svolgono una funzione diversa rispetto a quest'ultima non solo per la natura, ma anche per l'oggetto. Basti, per convincersene, considerare che ciascuno dei dipendenti che gode dei trattamenti assicurativi negoziati con accordi di "welfare aziendale" è a sua volta portatore di una domanda nel mercato dei servizi medici, in particolare di quelli odontoiatrici, e può essere interessato a prestazioni di livello qualitativo superiore rispetto a quelle coperte dagli accordi stessi; può dunque essere interessato a spendere di tasca propria la differenza necessaria per ottenere la prestazione medica migliore; ma questa possibilità gli è preclusa dalla clausola contenuta in quegli accordi, che esplicitamente vieta al fornitore del servizio di soddisfare tale domanda, o comunque lo penalizza se la soddisfa. Questo divieto non può, evidentemente essere considerato come un "miglioramento del trattamento" di cui godono i lavoratori.

Per altro verso, se la convenzione elaborata dalla compagnia di assicurazione contiene una clausola di inderogabilità della tariffa ivi stabilita, una clausola siffatta ha chiaramente l'effetto di alterare il gioco della concorrenza, predeterminando in modo inderogabile il prezzo di quei servizi, previsto e vietato dal primo comma, lettera a), dell'articolo 101 del Trattato sopra riportato.

L'effetto distorsivo delle convenzioni suddette si aggrava, evidentemente, nel caso in cui tra le compagnie assicurative operanti nel mercato del c.d. welfare aziendale si determinino intese, anche informali, circa il tariffario contenuto nelle convenzioni con le imprese.

Va osservato che l'effetto distorsivo della concorrenza prodotto da tali convenzioni verrebbe meno nel caso in cui esse venissero depurate della clausola che vieta ai medici e presidi sanitari aderenti di rendere le loro prestazioni in favore dei pazienti assicurati in regime di "assistenza rimborsuale" e di chiedere loro pagamenti integrativi rispetto al tariffario, seppur la compagnia assicurativa o il soggetto intermediario continuasse a limitare la propria obbligazione di copertura assicurativa alle tariffe dettate unilateralmente agli odontoiatri e ai medici che accettano di aderire alla convenzione. In questo senso, il prezzo del servizio prestato dal professionista dettato dalla convenzione si atterrebbe in termini di prezzo "raccomandato" e non già "imposto", così che il professionista che volesse praticare un prezzo del servizio più elevato di quello convenuto con le compagnie assicurative, a compenso di una prestazione qualitativamente migliore, non sarebbe estromesso dal mercato del "welfare aziendale", ma vi rimarrebbe incluso, sebbene obbligato, appunto, a compensare la minor attrattività del maggior prezzo praticato con la maggior qualità dei prestati alle persone che godono di trattamenti di "welfare aziendale". Queste ultime, infatti, sarebbero coperte dalla polizza assicurativa non totalmente ma solo parzialmente, dovendo il paziente far fronte in proprio alla quota del prezzo richiesto dall'odontoiatra o dal medico eccedente l'importo previsto dal tariffario dettato dalla compagnia assicuratrice.

Alle medesime conclusioni occorrerebbe giungere anche nel caso in cui – all'esito dell'istruttoria che, si confida, codesta Autorità garante vorrà esperire – non dovesse raggiungersi la piena prova che le compagnie assicurative abbiano raggiunto un esplicito accordo per condizionare in senso a loro favorevole il prezzo di acquisto dei servizi odontoiatri, ma risultasse tuttavia che ciò costituisca l'effetto di una loro "pratica concordata", ovvero di *"una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere stata spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza"* (cfr. Cons. Stato n.

1699/2001). La Corte di Giustizia ha statuito in proposito che «i criteri del coordinamento e della collaborazione, caratteristici della pratica concordata, non richiedono l'elaborazione di un vero e proprio piano, ma vanno intesi alla luce della concezione inerente alle norme del Trattato in materia di concorrenza e secondo la quale ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che egli intende seguire sul mercato comune e le condizioni che egli intende riservare alla clientela» (Corte Giust. 16 dicembre 1975, Suiker Unie c. Commissione). Se è pur vero che «non esclude il diritto di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti, la suddetta esigenza di autonomia vieta però rigorosamente che fra gli operatori stessi abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi lo scopo o l'effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato di cui trattasi, tenuto conto della natura delle merci o delle prestazioni fornite, dell'importanza e del numero delle imprese e del volume di detto mercato» (Corte Giust. 14 luglio 1981, Züchner, C-172/80, punti 12- 14; cfr. in tal senso Corte Giust 8 luglio 1999, Hüls AG, C- 199/92 P, punto 161).

È ben vero che il parallelismo di comportamenti non è di per sé sufficiente per dimostrare l'esistenza di una pratica concordata se esiste un'altra spiegazione plausibile per i comportamenti stessi. Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia «il parallelismo di comportamenti può essere considerato prova di una concertazione soltanto qualora la concertazione ne costituisca l'unica spiegazione plausibile. È infatti importante tener presente che l'art. 85 del Trattato, mentre vieta qualsiasi forma di collusione atta a falsare il gioco della concorrenza, non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti» (Corte Giust. 31 marzo 1993, A. Ahlström Osakeyhtiö e a., C- 89/85, C- 104/85, C- 114/85, C- 116/85, C- 117/85 e da C- 125/85 a C- 129/85, punto 71). Nel caso in esame, tuttavia, il fatto che le compagnie di assicurazione o i loro soggetti intermediari impongano agli odontoiatri e ai medici al tempo stesso tariffari del tutto simili delle prestazioni, nonché il divieto di ricorrere alla “assistenza rimborsuale” e di negoziare con il paziente un importo aggiuntivo a integrazione di quello previsto da detti tariffari, appaiono entrambi indici probatori molto eloquenti del fatto che, anche ove tali condotte non potessero esser ritenute frutto di un accordo orizzontale tra compagnie assicurative, quantomeno le stesse dovrebbero essere ritenute delle

“pratiche concordate” tra dette compagnie parimenti vietate dall’art. 101 par. 1 TFUE: non è dato, infatti, rinvenire altra ragione che possa giustificare questa conformità di condotte delle compagnie assicuratrici, se non quella di instaurare delle condizioni di mercato idonee a imporre agli odontoiatri e ai medici una compressione significativa dei prezzi dei loro servizi prestati in favore dei lavoratori assicurati.

In entrambe le ipotesi – che siano intervenute delle intese anticoncorrenziali tra detti soggetti, o soltanto delle pratiche concordate – nel caso in esame sarebbe ravvisabile una manifesta “infrazioni per oggetto” del disposto dall’art. 101 TFUE.

Come noto, per valutare se un accordo comporti una restrizione della concorrenza «per oggetto», occorre riferirsi al contenuto delle sue disposizioni, agli obiettivi che esso mira a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale esso si colloca (v. sentenze Corte Giust. 11 settembre 2014, in causa C-67/13 P; Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2019, n. 6314; Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2020, n.490; GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a., C 501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, punto 58; 4 ottobre 2011, Football Association Premier League e a., C-403/08 e C-429/08, punto 136; 13 ottobre 2011, Pierre Fabre Dermo Cosmétique, C-439/09, punto 35). Nel valutare detto contesto, occorre altresì prendere in considerazione la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione (v. la sentenza già citata Corte Giust. 13 dicembre 2012, Expedia, C-226/11, punto 21). Inoltre, anche se l’intenzione delle parti non costituisce un elemento necessario per determinare la natura restrittiva di un accordo, tale elemento può essere tenuto in considerazione nel valutare la capacità di restrizione o distorsione della concorrenza che una condotta o intesa è in grado di esplicitare (cfr. Corte Giust 8 novembre 1983, IAZ e a./Commissione, C-da 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, punti 23- 25; Corte Giust. 6 ottobre 2009, GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a., C-501/06 P, C 513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, punto 58).

Deve dunque essere certamente ravvisata un'infrazione *per oggetto* nell'ipotesi in cui le imprese convengano, per mezzo di intese o di prassi concordate, di adottare le condotte espressamente indicate dall'art. 101 par. 1, lett. da *a a e*, del TFUE sopra riportate (cfr. Corte Giust, 30 giugno 1966, STM C-56/65). L'elencazione di cui al par. 1, però, non è tassativa: secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, deve essere ricondotta alla categoria delle infrazioni "per oggetto" anche ogni forma di coordinamento che sostituisca scientemente una cooperazione pratica tra imprese ai rischi della concorrenza, disattendendo il principio cardine in materia di concorrenza secondo cui ogni operatore economico deve determinare autonomamente la politica che intende praticare sul mercato.

La qualificazione di un accordo – o di una pratica – come restrittivo della concorrenza per il suo "oggetto" opera come una sorta di presunzione assoluta, poiché, una volta determinato tale carattere restrittivo espressamente voluto dalle parti, non è necessario dimostrare quali siano in concreto gli effetti dell'accordo o della pratica in questione sulla concorrenza. Inoltre, il divieto può essere fatto valere preventivamente, senza aspettare che si verifichino effettivamente gli effetti pregiudizievoli per la concorrenza. In questo senso, una consolidata giurisprudenza ha ripetutamente dichiarato che, ai fini dell'applicazione dell'articolo 101, par. 1, TFUE, «è superfluo prendere in considerazione gli effetti concreti di un accordo, ove risulti che esso ha per oggetto di restringere, impedire o falsare il gioco della concorrenza» (così Corte Giust. 13 luglio 1966, Consten e Grundig, C-56/64 e 58/64; 15 ottobre 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e a./Commissione, C- 238/99P, C- 244/99P, C- 245/99P, C- 247/99P, da C- 250/99P a C- 252/99P e C- 254/99P, punto 491).

In ragione di tali canoni di valutazione, che ci si è permessi di rammentare, deve ritenersi pacifico che costituiscono restrizioni della concorrenza "per oggetto" gli accordi o le pratiche concordate tra imprese che operano in competizione sullo stesso mercato, qualora siano volti esplicitamente a determinare o a condizionare in modo conforme non soltanto i prezzi di vendita dei beni o servizi che queste imprese commercializzano, ma anche i prezzi di acquisto di beni o di servizi che le stesse rivendono o utilizzano per la loro produzione. Secondo la giurisprudenza della

Corte di Giustizia, infatti, le pratiche di fissazione diretta o indiretta dei prezzi di acquisto o vendita ovvero gli accordi di *price fixing* e gli accordi a questi accessori ex art. 101 comma 1 lett. a) TFUE sono considerati per loro natura anticoncorrenziali e vietati indipendentemente dall'esame dei loro effetti concreti e dalla circostanza che i prezzi fissati siano stati effettivamente rispettati (cfr. Corte Giust. 4 giugno 2009, T-Mobile Netherlands e a., C-8/08; Corte Giust., 11 luglio 1989, C-246/86, Belasco).

In ogni caso, quanto agli effetti dell'intesa, la giurisprudenza ha evidenziato che sono vietate non solo le intese per mezzo delle quali le imprese fissano i prezzi a livelli puntualmente determinati o stabiliscono esattamente prezzi minimi al di sotto dei quali esse si impegnano a non vendere, o come nel caso di specie, quelli al di sopra dei quali si impegnano a non comprare, ma tutte le intese che mirino o abbiano per effetto di condizionare la libera determinazione individuale del prezzo e la sua naturale flessibilità, alterando la struttura del mercato e, quindi, la concorrenza (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3026; T.A.R. Roma, sez. I, 1° luglio 2015, n. 8778).

In tali ipotesi “la probabilità che certi comportamenti collusivi, quali quelli che portano alla **fissazione orizzontale dei prezzi da parte di cartelli**, abbiano effetti negativi, in particolare, sul prezzo, sulla quantità o sulla qualità dei prodotti e dei servizi, è talmente alta che può essere ritenuto inutile [...], dimostrare che tali comportamenti hanno effetti concreti sul mercato” (Corte Giust. 11 settembre 2014, C- 67/13 P, Groupement des cartes bancaires c. Commissione europea).

Affinché un accordo abbia un oggetto anticoncorrenziale, è sufficiente che esso sia capace di produrre effetti negativi sulla concorrenza, vale a dire che sia concretamente idoneo ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza in seno al mercato interno. La questione se e in quale misura tale effetto si produca realmente può avere importanza soltanto al fine di calcolare l'importo delle ammende e di valutare eventuali diritti al risarcimento del danno (v. Corte Giust. 4 giugno 2009, T Mobile Netherlands e a., C-8/08, punto 31).

4.3. Insussistenza dei requisiti di esenzione a norma del par. 3 dell'art. 101 TFUE e dell'art. 4 della legge n. 287/90. – Né appare che le compagnie assicuratrici e/o i loro soggetti intermediari possano godere nel caso in esame della esenzione dall'applicabilità dell'art. 101 par.1 del TFUE e dell'art. 4 della legge n. 287/90, giacché non risulta essere intervenuto alcun *“trasferimento a vantaggio dei consumatori”* della compressione del prezzo di acquisto dei servizi odontoiatrici e sanitari di cui i primi stanno beneficiando.

Non si registra, invero, alcuna significativa compressione del premio delle polizze assicurative sanitarie convenute negli accordi di *“welfare aziendale”* e comunque dei margini di utile delle compagnie assicurative e/o dei loro soggetti intermediari; occorre quindi dedurre che la compressione del prezzo dei servizi degli odontoiatri e medici ottenuta con detti accordi o pratiche concordate stia semplicemente alimentando la rendita di posizione delle compagnie assicurative e/o dei loro soggetti intermediari.

In ogni caso, secondo le previsioni del Regolamento n. 1/2003, per godere della esenzione di cui al par. 3 dell'art. 101 TFUE, in sede istruttoria grava sulle compagnie assicurative e/o i loro soggetti intermediari l'onere della prova che gli accordi raggiunti o le pratiche concordate, pur capaci di produrre per il loro *“oggetto”* effetti restrittivi o distorsivi della concorrenza tra le stesse, siano comunque in grado di compensare tali effetti negativi per la funzionalità del mercato con benefici per i consumatori.

Tali benefici in favore dei consumatori chiaramente debbono essere effettivi in termini non solo di quantità ma anche di qualità dei servizi prestati in favore dei consumatori finali; pertanto anche laddove in ipotesi si registri una tendenziale compressione dei premi delle polizze assicurative, se tale compressione fosse ottenuta lasciando inalterato il margine di profitto delle compagnie assicurative e/o dei loro soggetti intermediari e scaricando integralmente sui professionisti convenzionati il relativo onere imponendo loro compensi irragionevolmente inferiori al minimo tariffario, sarebbe inevitabile che le prestazioni odontoiatriche e mediche di cui godrebbero i consumatori siano di una qualità ridotta.

Inoltre lo stesso par. 3 dell'art. 101 TFUE impone alle imprese di soddisfare un ulteriore onere probatorio: dimostrare che tali condotte, pur – come detto – capaci di produrre benefici per i consumatori, non finiscono per “a) *imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; b) dare a tali imprese la possibilità di **eliminare la concorrenza** per una parte **sostanziale** dei prodotti di cui trattasi*”.

Nel caso in esame non appare ricorrere il requisito sub a), e cioè “l'**indispensabilità**” delle convenute restrizioni della concorrenza tra loro (circa le condizioni di acquisto delle prestazioni degli odontoiatri) al fine di garantire i medesimi vantaggi – in termini di accesso alle prestazioni odontoiatriche con integrale copertura della spesa avvalendosi della polizza assicurativa – in favore dei lavoratori fruitori delle prestazioni di welfare aziendale.

Come detto, in analogia alla regolazione delle polizze assicurative miranti a garantire il diritto dell'assicurato di scegliere l'avvocato di fiducia senza esporre le compagnie assicurative al pericolo di dover rimborsare spese sproporzionate, lasciare all'assicurato la scelta tra, da un lato, la possibilità di avvalersi della “assistenza diretta” delle prestazioni odontoiatriche con integrale e diretta copertura delle spese da parte della compagnia assicuratrice e, dall'altro, la possibilità di avvalersi della “assistenza rimborsuale”, appunto con rimborso di dette spese entro il massimale previsto dal tariffario e rimanendo a suo carico gli importi che esorbitano questo massimale della convenzione, è una soluzione che soddisfa e bilancia efficacemente sia tutte le preferenze degli assicurati (copertura integrale della spesa *versus* ricorso al proprio medico di fiducia) sia l'interesse delle compagnie a governare i costi della copertura assicurativa offerta.

Non appare ricorrere neppure l'ipotesi *sub b)* del par. 3 dell'art. 101 TFUE. È di tutta evidenza che, avendo le compagnie assicuratrici e i loro soggetti intermediari che aderiscono all'intesa o adottano la pratica concordata qui in esame una quota del mercato delle polizze assicurative sanitarie erogate come trattamenti di “welfare aziendale” prossima all'80% dei premi assicurativi di dette polizze stipulate in Italia, esse finiscono per “eliminare” quasi totalmente la concorrenza tra gli odontoiatri e i medici con riguardo al prezzo delle prestazioni. Questi ultimi, infatti, per

entrare in questo mercato sono obbligati a praticare le tariffe imposte dalle compagnie assicuratrici, non potendosene discostare in alcun modo, pena la marginalizzazione.

4.4. Abuso di posizione dominante ex art. 102 TFUE e art. 3 Legge n. 287/90. – La condotta delle compagnie assicuratrici e/o dei loro soggetti intermediari qui denunciata realizza inoltre un abuso di posizione dominante vietato dall’art. 102 TFUE e dall’ art. 3 della Legge n. 287/90.

È fuori dubbio infatti che detti soggetti, proprio mediante le intese di cui si è detto sopra, siano in grado di esercitare una “posizione dominante” giacché controllano collettivamente una quota estremamente rilevante (pari a circa l’80%) del mercato delle polizze assicurative sanitarie erogate come trattamenti di “welfare aziendale”.

Orbene, per quanto interessa in questa sede, l’articolo 102 del Trattato stabilisce che:

*“È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di **una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo.***

*Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente o indirettamente **prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque ...**”.*

Conformemente a tali previsioni del Trattato deve essere interpretato il disposto dell’art. 3 della legge n. 287/90 laddove dispone che sia vietato l’abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all’interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante che si concretizzi nell’*”imporre direttamente o indirettamente **prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose**”.*

I prezzi delle prestazioni odontoiatriche e mediche previste dalle convenzioni predisposte dalle compagnie assicurative che si trovano in detta posizione dominante risultano sensibilmente inferiori a quelli comunemente praticati nei segmenti del mercato non interessati dagli accordi di “welfare aziendale”, tanto da poter essere definiti “non equi” e “ingiustificatamente gravosi” in quanto non garantiscono un adeguato e decoroso compenso al professionista mettendo anche a rischio la qualità del servizio sanitario che è in condizioni di prestare al cliente. Oltretutto i tariffari

dettati unilateralmente dalle compagnie assicurative e/o dai loro soggetti intermediari non differenziano i compensi delle prestazioni tra le diverse aree geografiche italiane sebbene siano notorie le significative differenze del costo della vita che vi è tra regioni del nord e del sud, tra aree urbane e rurali, tra aree con alta o bassa intensità di insediamenti produttivi, etc. . Ciò comporta una penalizzazione maggiormente iniqua dei professionisti che prestano la loro attività nelle aree del Paese con più levato costo della vita.

Ne consegue che il divieto di derogare *in melius* dalle tariffe dettate dalle compagnie assicurative configura un **abuso di posizione dominante**, sanzionabile con la nullità delle clausole della convenzione da ritenersi abusive.

4.5. Anticoncorrenzialità dell'intesa verticale tra compagnie assicuratrici, soggetti intermediari e odontoiatri convenzionati. – Anche qualora all'esito dell'attività istruttoria richiesta a codesta Autorità Garante i parallelismi delle condotte delle compagnie assicuratrici e/o dei loro soggetti intermediari qui segnalati non dovessero esser ritenuti frutto di pratiche o accordi espliciti o taciti tra le stesse, le condizioni imposte nelle convenzioni stipulate con i professionisti risulterebbero comunque incompatibili con le previsioni dell'art. 101 TFUE sul piano delle intese verticali, seppur collettivamente considerate.

La convenzione tra compagnia assicuratrice e odontoiatra o medico è essa stessa una intesa tra “imprese”. Secondo i criteri del diritto europeo, applicabili anche al diritto nazionale in materia di antitrust, i liberi professionisti devono infatti essere qualificati come imprese, seppur individuali. Recentemente il Consiglio di Stato sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 490 ha nuovamente ribadito che in conformità alla giurisprudenza dalla Corte di Giustizia in materia di concorrenza la nozione di “impresa”, nell'ambito di tale contesto, dev'essere intesa nel senso che essa si riferisce a un'unità economica anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche. Tale è la nozione di “impresa” utilizzata specificamente al fine di attuare le pertinenti disposizioni del diritto della concorrenza dell'Unione e, in particolare, ai fini

della individuazione dell'autore di una violazione agli articoli 101 e 102 TFUE (cfr. Corte Giust., 5 settembre 2019, C-447/17).

L'intesa intercorrente tra compagnia assicuratrice, eventuale soggetto intermediario e odontoiatra o medico risponde ai caratteri della intesa c.d. *verticale*, perché interviene tra soggetti imprenditoriali che non sono in diretta concorrenza tra loro ma verticalmente integrati nella catena di produzione del servizio “finale” offerto al lavoratore che fruisce di trattamenti assicurativi erogatigli dal proprio datore di lavoro quale misura di “welfare aziendale”. Secondo la definizione di accordi verticali dettata dal Regolamento della Commissione n. 330/2010, infatti, con tale aggettivazione ci si riferisce «agli accordi o alle 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».

In linea di principio anche gli accordi verticali rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 101 par. 1 TFUE in quanto accordi tra operatori presenti su mercati diversi o che vendono beni o prodotti diversi possono produrre restrizioni o distorsioni della concorrenza nei loro rispettivi mercati (cfr. Corte Giust. 18 dicembre 2008, *Coop de France Bétail et Viande*, C- 101/07 P e C- 110/07 P).

Ora, è ben vero che l'ordinamento europeo ha sempre guardato con un certo favore alle intese verticali per la loro capacità di efficientare l'integrazione delle catene di produzione e di commercializzazione di beni e servizi e di comportare indirettamente una compressione del prezzo e un innalzamento della qualità del prodotto “finale” per il consumatore. Tant'è che il Regolamento n. 330/2010 ha espressamente dotato gli accordi verticali di una “esenzione generale” dall'ambito di applicazione del par. 1 dello stesso art. 101 TFUE, proprio in ragione di tale presunzione della loro capacità di produrre effetti positivi per i consumatori, che ampiamente compenserebbero gli effetti restrittivi della concorrenza che ne conseguono.

L'art. 3 del Regolamento n. 330/2010, però, priva di tale patente di legittimità l'intesa verticale che impone un prezzo massimo di vendita del servizio quando il soggetto che lo impone nella catena verticalmente integrata di produzione/commercializzazione del servizio abbia una quota superiore al 30% del mercato rilevante sul quale quest'ultimo vende i beni o servizi oggetto dell'intesa. Nel caso qui in esame, il mercato rilevante per le compagnie assicurative in relazione al quale computare tale quota deve essere circoscritto al solo mercato delle polizze di assicurazione sanitaria garantite ai lavoratori quali trattamenti di "welfare aziendale", e non già esteso all'intero mercato delle polizze assicurative sanitarie.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha al riguardo chiarito che detta quota di mercato debba essere computata non in riferimento a una singola impresa, ma anche a più imprese che adottino le medesime intese verticali: il c.d. "fascio" di intese verticali (cfr. Commissione Europea, Orientamenti sulle restrizioni verticali, 2010/C 130/01, par. 11; Corte giust. 10 luglio 1990, T-51/89, Tetra Pak). Nel caso in esame, come si è già più volte rilevato, dai dati disponibili risulta che le compagnie assicurative e i soggetti intermediari sopra segnalati gestiscono quasi l'80 % dei premi assicurativi delle polizze sanitarie stipulate dalle imprese in favore dei propri dipendenti quale misura di welfare aziendale.

Se dunque dette intese verticali interessano una quota superiore al 30% di questo mercato, l'accordo che intercorre tra la compagnia assicurativa o il soggetto intermediario di cui essa si avvale, da un lato, e l'odontoiatra dall'altro, per la determinazione delle tariffe massime dei servizi prestati da quest'ultimo in favore dei lavoratori che godono di polizze assicurative di "welfare aziendale", seppur non possa di per sé costituire una restrizione della concorrenza *per oggetto* (perché non si tratta di un prezzo minimo a danno del consumatore), deve tuttavia verificarsi nell'attività di indagine o istruttoria se non ricorrano gli estremi della restrizione *per effetto* in ragione della capacità dell'intesa di restringere o di falsare il gioco concorrenziale tra gli stessi odontoiatri (cfr. Corte Giust. 28 febbraio 1991, Delimitis, C- 234/89, punti 13- 15; 7 dicembre 2000, Neste Markkinointi Oy, C- 214/99, punto 25; 11 settembre 2008, CEPSA Estaciones de Servicio SA, C- 279/06, punto 43; 2 aprile 2009, Pedro IV Servicios SL, C- 260/07, punto 83).

E infatti le infrazioni *per gli effetti* ricorrono laddove intese o pratiche concordate tra imprese non indicano esplicitamente come oggetto né si propongono espressamente di perseguire gli obiettivi distorsivi della concorrenza indicati dalle ipotesi tipiche di cui all'art. 101, par. 1 lett. *a-e*, TFUE, ma in concreto risultano comunque in grado – seppur indirettamente e/o involontariamente – di produrre i medesimi effetti, oppure effetti diversi ma parimenti idonei ad alterare in modo rilevante il gioco concorrenziale (cfr. Corte Giust. 4 giugno 2009, T Mobile Netherlands e a., C-8/08; 6 ottobre 2009, GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, punto 55; 4 ottobre 2011, Football Association Premier League e a., C-403/08 e C-429/08, punto 135; 13 ottobre 2011, Pierre Fabre Dermo Cosmétique, C-439/09, punto 34).

Nel caso in esame il “fascio” di intese verticali strutturate come indicato in premessa, essendo preclusivo di qualsiasi possibilità per l'odontoiatra ed il medico di chiedere al paziente una integrazione del corrispettivo a suo carico, ha la capacità di alterare la concorrenza tra odontoiatri imponendo una compartimentazione del loro mercato e una barriera all'ingresso di quello specifico dei lavoratori beneficiari delle polizze assicurative sanitarie di “welfare aziendale”: ai professionisti che non accettino la “gestione diretta” con la compagnia assicuratrice o con il suo soggetto “intermediario” e la inderogabilità del tariffario da queste imposto viene totalmente precluso l'accesso a una quota considerevole (circa l'80 %) di questo mercato.

È evidente che questi consumatori/assicurati di fatto non hanno un mercato parallelo e alternativo per fruire di questi servizi, giacché per questi valersi della prestazione di un odontoiatra o di un medico che non aderisce a detta intesa significa dover sostenere integralmente il costo del servizio e perdere totalmente la prestazione di “welfare aziendale” che è sostitutiva rispetto agli incrementi retributivi.

5. Conclusioni

Tanto premesso, in ragione delle informazioni e delle considerazioni sopra esposte, l' ANOMeC
- Associazione Nazionale Odontoiatri e Medici Convenzionati

- a) segnala a norma dell'art. 12 della legge n. 287/90 la condotta delle compagnie assicurative, nonché dei soggetti intermediari di cui esse si avvalgono, volta a escludere nei contratti di convenzionamento con gli odontoiatri e i medici la possibilità della c.d. “assistenza rimborsuale” del paziente e a imporre in ogni caso – anche nelle ipotesi in cui sia ammessa la “assistenza rimborsuale” prestata da odontoiatri e medici non convenzionati – l'applicazione di un tariffario delle prestazioni odontoiatriche inderogabile quale infrazione della disciplina della concorrenza dettata dal combinato disposto degli artt. 101 e 102 del TFUE e degli artt. 2, 3 e 4 della legge n. 287/90 sia nel mercato delle assicurazioni sanitarie sia in quello degli odontoiatri e dei medici;
- b) chiede che codesta Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato voglia aprire un'istruttoria a norma dell'art. 14 della legge n. 287/90 e, accertata la fondatezza della presente segnalazione, voglia diffidare i soggetti autori delle condotte anticoncorrenziali rilevate a interromperle, a rimuoverne gli effetti lesivi e, in caso di inottemperanza applicare nei loro confronti le sanzioni di cui all'art. 15 della legge n. 287/90 nella misura che riterrà adeguata alla gravità delle infrazioni rilevate.

Si chiede che tutte le comunicazioni relative al presente procedimento vengano effettuate per posta elettronica agli indirizzi pec certificati degli avvocati incaricati indicati in premessa.

Si allega alla presente segnalazione:

1. Statuto ANOMeC;
2. polizza assicurativa Rbm per i dipendenti del gruppo RAI;
3. guida alla polizza assicurativa Unisalute per i dipendenti delle imprese artigiane che aderiscono al Fondo SAN.ART.
4. estratto della polizza assicurativa Previmedical S.p.A. in favore dei dipendenti delle imprese metalmeccaniche iscritte al Fondo Metasalute (punto D.1.2);

5. guida alla polizza assicurativa Unisalute in favore dei dipendenti delle piccole e medie imprese metalmeccaniche iscritte al Fondo E.B.M. Salute;
6. polizza assicurativa Rbm per i dipendenti dell'Agenzia delle entrate e delle imprese di riscossione che aderiscono al Fondo Assistenza Previdir
7. guida alla polizza assicurativa Unisalute per i dipendenti delle imprese del commercio, turismo e servizi che aderiscono al Fondo Est;
8. scheda coperture della polizza Pronto-Care per il personale del Gruppo UniCredito Italiano iscritti a Uni.C.A. - UniCredit Cassa di Assistenza.
9. Scheda di comparazione delle tariffe imposte dalle compagnie assicurative agli odontoiatri per le prestazioni odontoiatriche.

Con ossequio

per ANOMeC, la Presidente dott.ssa Maria Rita Vannetti

prof. avv. Pietro Ichino

prof. avv. Massimo Pallini