



ITALIAN CONFERENCE **V** CONVEGNO NAZIONALE

AAI
ASSOCIAZIONE ANTITRUST
ITALIANA

23 - 24 MAGGIO / MAY 2019

I PRINCIPALI SVILUPPI
NEL DIRITTO DELLA
CONCORRENZA DELL'UNIONE
EUROPEA E NAZIONALE

*MAIN DEVELOPMENTS
IN EUROPEAN
AND ITALIAN
COMPETITION LAW*

No-poaching e wage-fixing:
un nuovo paradigma di intese
per oggetto?

Pietro Merlino - Orrick

Restrizioni della concorrenza nel mercato del lavoro

- Negli ultimi anni diverse tipologie di accordi tra imprese volte a limitare la mobilità dei lavoratori e/o a contenere il costo del personale qualificato hanno attirato sempre maggiore attenzione da parte delle autorità di concorrenza statunitensi al punto da essere oggi a tutti gli effetti una delle loro *enforcement priorities*.
- Del resto, in un'era in cui – specialmente negli Stati Uniti – la mobilità di personale altamente qualificato ha raggiunto livelli mai visti in precedenza, non sorprende che le aziende tentino con sempre maggior frequenza di accordarsi tra loro per ridurre tale mobilità.
- Per quanto nei due decenni precedenti vi fossero già stati diversi casi istruiti dal DoJ e dalla FTC che avevano ad oggetto restrizioni della concorrenza nel mercato del lavoro, la vicenda che ha portato i c.d. *job cartels* al centro dell'attenzione della comunità antitrust è stata quella delle tre diverse azioni civili promosse dal DoJ – tra il 2010 e 2012 – nei confronti di diverse tech companies della Silicon Valley, inclusi giganti come Apple, Google, Intel ed eBay.

I casi US contro Big Tech – No-poaching

- Nel primo caso, ***United States v. Adobe Systems***, il DoJ contestava il fatto che sei imprese tecnologiche – segnatamente **Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit e Pixar** – avessero concordato di non effettuare c.d. *cold call* – modalità che rappresentava uno dei principali metodi di reclutamento di forza lavoro altamente qualificata – ai rispettivi dipendenti per prospettare loro opportunità di lavoro alternative.
- Basandosi su una serie di precedenti relativi ad accordi tra concorrenti di non-sollecitazione dei rispettivi clienti, il DoJ riteneva che l'accordo costituisse una violazione *per se* della Section 1 dello Sherman Act. Secondo il DoJ infatti:
 - se fornitori concorrenti concludono un accordo di questo tipo con riferimento ai rispettivi clienti, non vi sarebbe alcun dubbio che lo stesso costituirebbe una violazione *per se*;
 - e ***“there is no basis for distinguishing allocation agreements based on whether they involve input or output markets”***

I casi US contro Big Tech – No-poaching

- e ciò perché “[a]nticompetitive agreements in both input and output markets create allocative inefficiencies”
- e infatti l’impegno a non effettuare cold-call “eliminated a significant form of competition to attract high tech employees and, overall, substantially diminished competition to the detriment of the affected employees who were likely deprived of competitively important information and access to better job opportunities”.

Nel secondo caso – **United States v. Lucasfilm Ltd.** – il DOJ contestava a **Lucasfilm** e **Pixar** di essersi accordate di (i) non effettuare cold call, (ii) non fare controfferte in determinate circostanze e (iii) informare l’altra parte in caso di offerta a un suo dipendente. Secondo il DOJ:

- accordo ancor più problematico di quello oggetto del caso *Adobe* posto che impediva controfferte superiori (in termini salariali) a quella a suo tempo accettata dal dipendente;
- “**antitrust analysis of downstream customer-related restraints applies equally to upstream monopsony restraints on employment opportunities**”.

I casi US contro Big Tech – No-poaching

- Nel terzo e ultimo caso – ***United States v. eBay*** – l'accusa nei confronti di **eBay** e **Intuit** era quella di aver concluso un accordo di non-sollecitazione, nonché di non-assunzione anche in casi in cui fosse stato il dipendente di una parte ad approcciare l'altra a proposito di possibili opportunità di lavoro.
- Nella propria decisione di rigetto della *motion to dismiss* presentata dalle imprese, la corte distrettuale del distretto settentrionale della California rilevava come **l'accordo in questione costituisse una "classica" intesa orizzontale di ripartizione del mercato, che è generalmente considerata una violazione *per se***, posto che:
 - *"antitrust law does not treat employment markets differently from other markets in this respect"*.

In tutti e tre i casi le parti hanno poi raggiunto un **settlement con il DOJ** – nella forma di un *consent decree* – che ha vietato alle stesse di partecipare ad accordi che restringano in qualsiasi modo la possibilità di sollecitare, reclutare o comunque competere per forza lavoro qualificata.

I casi US contro Big Tech – No-poaching

Tutti e tre i settlements hanno poi previsto che **le imprese dovessero attuare misure di compliance (tra cui tipicamente il training dei responsabili HR)** al fine di scongiurare effettivamente la partecipazione a simili accordi in futuro, con ciò riconoscendo che, almeno all'epoca dei fatti, si trattava (anche negli Stati Uniti) di un'area non coperta dai tradizionali programmi di compliance antitrust che ogni azienda di quelle dimensioni ha in essere.

La successiva **class action** intentata per conto di oltre 64.000 dipendenti delle sei aziende coinvolte nel primo caso si è poi conclusa:

- con un primo settlement in cui Intuit, Lucasfilm e Pixar si sono impegnate a pagare complessivamente **US\$ 20 milioni** ai propri dipendenti (che rappresentavano però meno dell'8% del numero complessivo dei membri della classe);
- e quindi con un successivo secondo settlement con cui Adobe, Apple, Google e Intel hanno accettato di pagare **US\$ 415 milioni** di danni ai propri dipendenti.

Antitrust Guidance for Human Resources Professionals (DOJ e FTC – ottobre 2016)

- Nell’ottobre del 2016 l’Antitrust Division del DOJ e la Federal Trade Commission (“FTC”) hanno quindi adottato delle linee guida in materia di restrizioni della concorrenza sul mercato del lavoro, intitolate *Antitrust Guidance for Human Resource Professionals* (la “Guidance”).
- La *Guidance* chiarisce che gli accordi restrittivi della concorrenza nel mercato del lavoro possono assumere la forma di:
 - ***accordi di wage-fixing*** aventi ad oggetto la comune fissazione da parte di più imprese degli stipendi ovvero di altri elementi della retribuzione dei rispettivi dipendenti, sia ad un livello specifico che all’interno di un range;
 - ***accordi di no-poaching*** con i quali più imprese si impegnano a non sollecitare e/o a non assumere i rispettivi dipendenti, ovvero a non farsi concorrenza nel mercato del lavoro.

Antitrust Guidance for Human Resources Professionals (DOJ e FTC – ottobre 2016)

- Confermando la posizione già espressa dal DoJ nei casi contro le *tech companies*, la Guidance afferma che i “[n]aked wage-fixing or no-poaching agreements” – vale a dire quelli che non sono collegati e ragionevolmente necessari all’implementazione di legittimi progetti di collaborazione ovvero ancillari ad operazioni di concentrazione – sono “*per se illegal*”.
- Come la concorrenza tra fornitori in un mercato libero e aperto garantisce benefici ai consumatori in termini di prezzi più bassi, maggior qualità di prodotti e servizi, più scelta e più innovazione, così **la concorrenza tra datori di lavoro beneficia i lavoratori attraverso stipendi più alti, maggiori benefit e la possibilità di accedere a migliori opportunità di impiego.**
- Anche i consumatori possono poi trarre beneficio da una piena concorrenza tra datori di lavoro posto che una forza lavoro più competitiva può creare beni o servizi migliori.
- Restrizioni della concorrenza sul mercato del lavoro sono quindi illecite anche se motivate dal desiderio (in sé legittimo) di contenere i costi.


Antitrust Guidance for Human Resources Professionals (DOJ e FTC – ottobre 2016)

- Punto cruciale poi nell'analisi degli accordi di *no-poaching* e di *wage-fixing* svolta dalle autorità antitrust statunitensi è che tali accordi sono sempre ritenuti **accordi orizzontali** posto che, dal punto di vista antitrust, imprese che competono per assumere/mantenere una determinata tipologia di forza lavoro sono per definizione concorrenti sul mercato del lavoro (seppur dal lato della domanda), indipendentemente dal fatto che esse lo siano poi anche a valle su uno o più dei mercati su cui offrono beni o servizi.
- Da qui la qualifica di *per se antitrust violation*: gli accordi in questione eliminano la concorrenza sul mercato del lavoro nello stesso modo in cui accordi di fissazione dei prezzi (*wage-fixing*) e di allocazione dei clienti (*no-poaching*) la eliminano sui mercati dell'offerta.
- E da qui anche l'annuncio del DoJ di voler d'ora in avanti perseguire **penalmente accordi *naked* di *wage-fixing* o *no-poaching***, annuncio da più parti criticato per l'assenza – almeno per il *no-poaching* – di precedenti giurisprudenziali che lo qualificano come violazione *per se*.

Lo scenario europeo – Le conclusioni dell’AG in *Bosman*

- Nell’UE la questione delle intese restrittive della concorrenza tra *employers* sul mercato del lavoro non ha evidentemente ancora assunto la centralità che ha negli Stati Uniti.
- Vi sono però a mio avviso tutti gli elementi per ritenere che – specialmente in alcuni settori industriali caratterizzati dall’esigenza di disporre di una forza altamente qualificata e quindi per definizione limitata – questo tipo di intese appariranno presto con maggiore frequenza sui radar delle autorità di concorrenza europee, riceveranno con ogni probabilità lo stesso severo trattamento riservatole negli Stati Uniti e potrebbero quindi rappresentare una delle nuove frontiere dell’enforcement antitrust nel nostro continente.
- Del resto, già nel **1995**, nel celebre caso *Bosman*, l’A.G. Lenz, facendo propria la posizione della Commissione, aveva ritenuto che le regole che limitavano la libera circolazione dei calciatori comunitari costituivano una **restrizione della concorrenza tra le società calcistiche e segnatamente un’illecita ripartizione delle fonti di approvvigionamento** ai sensi dell’art. 101 (1), lett. c) (Conclusioni, §262).

Lo scenario europeo – Le conclusioni dell’AG in *Bosman*

- L’A.G. aveva inoltre aggiunto che:
 - si trattava di una restrizione della concorrenza ***per oggetto*** (§ 262); e
 - contrariamente a quanto sostenuto dall’UEFA, un accordo **non è sottratto all’applicazione delle regole di concorrenza UE in ragione del fatto che riguarda rapporti di lavoro**  così come avviene negli Stati Uniti, una *labor exemption* può essere riconosciuta solo agli *accordi collettivi* tra le organizzazioni sindacali e quelle dei datori di lavoro, mentre nel caso di specie si trattava di “*semplici accordi orizzontali tra società calcistiche*” (§§ 271-275).
- La Corte non ha invece avuto bisogno di pronunciarsi sul punto avendo concluso che le regole in questione costituivano in ogni caso un evidente ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori, vietato dall’art. 48 del Trattato CEE (oggi art. 45 del TFUE).
- Nel luglio 2007, la Commissione ha poi ribadito *in toto* la posizione dell’A.G. Lenz in una risposta scritta ad un’interrogazione parlamentare in cui ha affermato che:

Lo scenario europeo – La posizione della Commissione

- gli accordi di *no-poaching* “are likely to fall under the prohibition of Article 81 as **hard-core restrictions** because the social sector and the labour market are not exempted from the application of competition rules (only certain types of collective bargaining between social partners are...)”;
 - pertanto, un accordo in base al quale due o più imprese si impegnano a non assumere i rispettivi dipendenti “could amount to a **market-sharing agreement regarding the supply of workforce**”;
 - i c.d. *job cartels* costituiscono un chiaro ostacolo to “both job-to-job and geographic mobility of workers”, nonché “to the adaptability of workers by limiting their career prospects”.
- Del resto, obblighi di *no-poach* nell’ambito di concentrazioni o accordi di cooperazione sono espressamente sottoposti dalla Commissione alla stessa analisi e allo stesso trattamento degli obblighi di non concorrenza (Comunicazione restrizione accessorie, § 26), che, ove conclusi al di fuori di tale contesto, costituiscono evidentemente restrizioni per oggetto.

Lo scenario europeo – I casi di enforcement a livello nazionale (*no-poach*)

A ben vedere, vi sono poi stati anche in Europa una serie di casi concreti di applicazione dell'art. 101 TFUE ad accordi di *no-poaching* e/o di *wage-fixing*.

- Nel 2010, la Corte d'Appello di Hertogenbosch, in Olanda, ha ritenuto restrittivo della concorrenza un accordo tra quindici ospedali che, tra le altre cose, prevedeva che un anestesista specializzato che avesse lavorato per uno degli ospedali in questione non potesse essere assunto da un altro prima che fossero trascorsi 12 mesi dall'interruzione del precedente rapporto di lavoro.
- Nello stesso anno, l'autorità di concorrenza spagnola, nell'ambito di un caso di cartello tra otto aziende attive nel trasporto merci su strada, ha ritenuto che fosse parte del coordinamento anticoncorrenziale – nonché restrittivo per oggetto – l'obbligo per le aziende parti dell'intesa di informare e ottenere un previo consenso nel caso in cui intendessero assumere un dipendente di un'altra impresa aderente.

Lo scenario europeo – I casi di enforcement a livello nazionale (*no-poach*)

- A fronte della tesi difensiva secondo cui l'impegno in questione non costituiva una restrizione per oggetto posto che non aveva l'effetto di uniformare le condizioni commerciali praticate dalle imprese, la CNC confermava che si trattava di una restrizione per oggetto nella misura in cui l'oggetto dell'accordo era quello di **ridurre la concorrenza tra i partecipanti al cartello nell'acquisizione di un input necessario per la loro attività di impresa, determinando al contempo un effetto pregiudizievole per i lavoratori.**
- Nell'ottobre 2017, l'*Autorité de la concurrence* francese ha ritenuto parte di un più ampio cartello tra i tre principali produttori di rivestimenti in PVC e linoleum (sanzionati con un'ammenda complessiva di € 302 milioni):
 - un *gentlemen's agreement* che prevedeva un obbligo di non-sollecitazione dei rispettivi dipendenti;
 - uno scambio di informazioni relative agli stipendi e ai bonus corrisposti ai propri dipendenti.

Lo scenario europeo – I casi di enforcement a livello nazionale (*wage-fixing*)

- Quanto al **wage-fixing**, già nel 1997 l’Autorità della concorrenza francese aveva sanzionato le associazioni cui aderivano numerose imprese edili dei dipartimenti *Isère* e *Savoie* e alcune agenzie di lavoro interinale per aver concluso un accordo di questo tipo.
- L’intesa aveva ad oggetto la fissazione dei salari dei lavoratori temporanei – corrisposti dalle agenzie interinali – ad un livello corrispondente al salario minimo stabilito dal contratto collettivo di lavoro applicabile ai lavoratori a tempo indeterminato. La concorrenza tra le agenzie interinali dipende principalmente dal salario che le stesse sono pronte a corrispondere ai lavoratori, mentre il salario minimo fissato dal contratto collettivo rappresentava il livello minimo di accesso al mercato.
- Attraverso l’intesa, le associazioni delle imprese edili intendevano evitare che, in un momento di forte di domanda di lavoro interinale (Olimpiadi di Albertville), le agenzie interinali, offrendo un salario più alto, potessero accaparrarsi lavoratori a tempo indeterminato, il che avrebbe evidentemente determinato un aumento generalizzato dei salari nel settore.
- L’Autorità francese ha ritenuto che l’intesa avesse tanto un oggetto quanto un effetto restrittivi.¹⁶

Lo scenario europeo – La Corte in *T-Mobile Netherlands (wage-fixing)*

- Spunti interessanti in tema di **wage-fixing** sono contenuti anche nella sentenza pregiudiziale della Corte del giugno 2009 nella causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands*.
- Il caso riguardava una pratica concertata accertata dall'autorità della concorrenza olandese a valle di una riunione dei cinque operatori di telefonia mobile attivi sul mercato olandese in cui si era discusso della riduzione dei compensi standard per i rivenditori degli abbonamenti. In sede di appello, il giudice nazionale aveva rinviato il caso alla Corte chiedendole tra l'altro di esprimersi sul se una pratica concordata che non riguardava i prezzi o le tariffe praticate ai clienti finali potesse essere qualificata come restrizione per oggetto.
- La Corte rispondeva rilevando che l'accertamento dell'oggetto anticoncorrenziale di una pratica concordata non può essere subordinata all'esistenza di un legame diretto della stessa con i prezzi al dettaglio posto che **l'art. 101 (1) TFUE prevede che possono avere oggetto anticoncorrenziale anche accordi o pratiche che consistono nel fissare anche soltanto i "prezzi d'acquisto"**.

Conclusioni

- In conclusione, mi pare piuttosto chiaro che anche nel diritto delle concorrenze UE accordi *naked* di *no-poaching* o di *wage-fixing* siano da considerare restrizioni della concorrenza **per oggetto**.
- Ciò tanto perché la lettera dell'art. 101 (1) lo consente (cfr. lett.re a) e c), quanto perché sia la Commissione che le autorità nazionali (e, a ben vedere, anche la Corte) hanno fornito una serie di indicazioni coerenti in tal senso.
- Mi pare una circostanza di non poco conto: una nuova fattispecie che si aggiunge, dopo decenni, al novero storicamente ristretto delle restrizioni per oggetto.
- Ad oggi, tutti i casi europei hanno coinvolto imprese che erano in un rapporto di concorrenza anche sui mercati a valle in cui offrivano prodotti e servizi. Resta quindi da verificare se anche le autorità europee considereranno questo tipo di intese come orizzontali anche in quei casi – presumibilmente limitati – in cui le stesse intervengono tra imprese che competono tra loro sul mercato del lavoro, ma non nei mercati a valle su cui offrono i propri prodotti o servizi.

Conclusioni

- Anche su questo punto, le indicazioni che provengono dalla Corte, dalla presa di posizione della Commissione così come da alcuni precedenti a livello nazionale (ad. es, il caso spagnolo) sembrano andare nella stessa direzione già tracciata dalla autorità americane.
- Peraltro, nel caso in cui i partecipanti a questi tipi di intese siano invece concorrenti in mercati dell'offerta a valle, è piuttosto evidente che accordi di *wage-fixing* possono determinare – almeno in settori *labor-intensive* in cui il costo del lavoro rappresenta una porzione significativa del costo totale del prodotto – una convergenza del livello dei prezzi sui mercati a valle.
- Per le imprese quanto precede determina almeno l'esigenza di “coprire” tali pratiche nei propri programmi di compliance antitrust e far sì che i responsabili HR siano inclusi in tali programmi.
- Segnalo infine che, essendo da considerare, per quanto sopra illustrato, *cartel-like behavior*, tali accordi sembrerebbero altresì poter essere oggetto di *leniency applications*, come esplicitamente segnalato per gli US dal DoJ e dalla FTC nella loro Guidance.