

CAP II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

*consolidarsi dopo il decorso di un termine di impugnazione perentorio e non prorogabile*²⁵³.

Modifiche dell'atto amministrativo intervenute in corso di giudizio

Il Consiglio di Stato ha statuito l'inidoneità a far cessare la materia del contendere delle modifiche dell'atto amministrativo impugnato dall'Autorità ex art. 21-bis, ove intervenute in corso di giudizio, in quanto *“ai sensi dell'art. 7, comma 1, c.p.a. (...) oggetto del giudizio è esclusivamente il provvedimento impugnato. Vale quindi anche in questo caso il principio tempus regit actum (...) per cui la legittimità di un provvedimento amministrativo va verificata sulla base degli elementi di fatto e diritto sussistenti al momento della sua emanazione, senza che siano, in linea di principio, rilevanti sopravvenienze in diritto ovvero (...) in fatto (...). Ne consegue pertanto che ai fini del decidere ci si deve riferire esclusivamente a tali elementi, mentre non potranno essere prese in considerazione le vicende successive al provvedimento impugnato*²⁵⁴.

Concessioni

Accogliendo un ricorso ex art. 21-bis dell'Autorità, il Tar Trento ha statuito che *“il procedimento per la concessione di beni demaniali - pur non essendo disciplinato dalle direttive europee in materia di appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture - essendo volto a fornire un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, deve svolgersi mediante una procedura competitiva ad evidenza pubblica in cui siano applicati i principi di imparzialità, parità di trattamento, non discriminazione e libera concorrenza, nonché i principi di massima trasparenza e pubblicità*”. Infatti, tali principi *“costituiscono assi portanti dell'ordinamento nazionale e comunitario a presidio della libertà di concorrenza e, come tali, si impongono non solo in relazione all'intera attività negoziale dei soggetti pubblici, ma anche in caso di concessione, da parte di soggetti pubblici, di vantaggi economici di qualsiasi genere a persone, enti pubblici e privati, così restando subordinata alla presenza di specifiche ragioni tecniche ed economiche, da esternare in motivazione, la possibilità di prescindere dal confronto concorrenziale*²⁵⁵.

In house providing

In materia di affidamenti *in house*, il Consiglio di Stato ha recepito i principi statuiti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che *“ha distinto i casi di vero in house providing, in cui l'obbligo della gara non sussiste ed è legittimo l'affidamento diretto, perché si resta all'interno del settore pubblico, da quelli di outsourcing, in cui invece sussiste l'obbligo di*

²⁵³ Consiglio di Stato, VI, 30 aprile 2018, n. 2583, AS1382 - UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI FIRENZE - AFFIDAMENTO DIRETTO DI SERVIZI INFORMATICI AL CONSORZIO INTERUNIVERSITARIO CINECA..

²⁵⁴ Consiglio di Stato, VI, 30 aprile 2018, n. 2583, AS1382 - UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI FIRENZE - AFFIDAMENTO DIRETTO DI SERVIZI INFORMATICI AL CONSORZIO INTERUNIVERSITARIO CINECA.

²⁵⁵ Tar Trento, 14 giugno 2018, n. 136, AS1484 - COMUNE DI ROVERETO - ORGANIZZAZIONE DELLA MANIFESTAZIONE NATALE DEI POPOLI 2017.

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2018

*indire la gara. La sentenza fondamentale in materia è quella della Corte di Giustizia, sez. V. 18 novembre 1999, in C-107/98 Teckal, secondo la quale (...) è legittimo l'affidamento diretto, e si configura appunto un caso di in house providing, solo nel concorso di due requisiti: in primo luogo, la pubblica amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sulla persona giuridica aggiudicataria un controllo analogo a quello che essa esercita sui servizi propri e, in secondo luogo, il soggetto aggiudicatario deve realizzare la parte più importante della propria attività con il soggetto o i soggetti pubblici che lo controllano*²⁵⁶.

Nella medesima pronuncia, quanto al primo requisito si è specificato che “esso è possibile anche in presenza di una pluralità di soci pubblici, i quali singolarmente considerati siano titolari di partecipazioni di entità modesta, ma agiscano congiuntamente, anche nelle forme di una delibera a maggioranza”; inoltre, in presenza di un affidamento in house, “La proroga tecnica (...), volta a consentire che, nelle more di una gara indetta per un nuovo affidamento, un dato servizio già in corso non subisca interruzioni (...) rappresenta un'eventualità eccezionale, utilizzabile solo se sia effettivamente impossibile procedere ad un tempestivo affidamento nel rispetto delle regole della concorrenza”.

178

5. Rapporti internazionali

Sul fronte europeo, il 2018 si caratterizza per l'approvazione della Direttiva UE 2019/1 (c.d. “Direttiva ECN Plus”) volta al consolidamento dei poteri istruttori e decisorii di cui sono dotate le autorità nazionali di concorrenza e al rafforzamento degli strumenti di assistenza reciproca nell'ambito della rete europea della concorrenza (ECN) e per l'entrata in vigore del Regolamento UE 2018/302 sui blocchi geografici ingiustificati (c.d. *geoblocking*) e altre forme di discriminazione.

A livello internazionale, anche nel 2018 è proseguito il dibattito sulle implicazioni, per l'applicazione della normativa a tutela della concorrenza e dei consumatori, dello sviluppo dell'economia digitale e dell'analisi dei *big data*. Emerge sempre più chiaramente la necessità di un approccio olistico che tenga conto dei contributi delle diverse aree del diritto e dell'economia, e di una maggiore considerazione degli aspetti non di prezzo, quali la qualità, la varietà e l'innovazione, nell'analisi delle condotte commerciali adottate dagli operatori nei mercati digitali. Infine, i contributi dell'economia comportamentale appaiono sempre più utili nello studio delle interazioni tra consumatori e piattaforme digitali che offrono servizi a prezzo zero.

²⁵⁶ Consiglio di Stato, VI, 30 aprile 2018, n. 2583, AS1382 - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FIRENZE - AFFIDAMENTO DIRETTO DI SERVIZI INFORMATICI AL CONSORZIO INTERUNIVERSITARIO CINECA.

CAP II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

Direttiva UE 2019/1 sul consolidamento del ruolo delle autorità nazionali di concorrenza (Direttiva ECN Plus)

Il 14 gennaio 2019 è stata pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea la Direttiva (UE) n. 2019/1 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficaci e assicura il corretto funzionamento del mercato interno (Direttiva ECN Plus); essa dovrà essere trasposta nella legislazione degli Stati Membri entro due anni dall'entrata in vigore, ossia entro il 4 febbraio 2021.

La Direttiva ECN Plus stabilisce alcune norme per garantire che le autorità nazionali garanti della concorrenza dispongano delle necessarie garanzie di indipendenza, delle risorse e dei poteri di indagine e sanzionatori per poter applicare efficacemente gli articoli 101 e 102 TFUE, anche in parallelo all'applicazione del diritto nazionale della concorrenza allo stesso caso. Infine, la Direttiva ECN Plus stabilisce talune norme efficaci in materia di assistenza reciproca al fine di tutelare il corretto funzionamento del mercato interno e del sistema di stretta cooperazione nell'ambito della rete europea della concorrenza.

Al Capo III, in tema di indipendenza e risorse, si stabilisce all'articolo 4 che i membri dell'organo decisionale delle autorità di concorrenza siano in grado di svolgere i loro compiti ed esercitare i loro poteri ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE in modo indipendente da ingerenze politiche e da altre influenze esterne; non sollecitino né accettino istruzioni dal governo; non siano rimossi da tali autorità per motivi connessi al corretto svolgimento dei loro compiti; siano selezionati, assunti o nominati in base a procedure chiare e trasparenti; infine, abbiano il potere di definire le loro priorità per lo svolgimento dei compiti, potendo anche archiviare le segnalazioni pervenute, la cui trattazione non sia considerata prioritaria. Riconoscendo che il più importante presidio dell'autonomia decisionale delle autorità consiste nella effettiva disponibilità di risorse umane, strumentali e finanziarie, adeguate allo svolgimento dei compiti istituzionali a esse attribuiti, l'articolo 5 della Direttiva ECN Plus impone agli Stati Membri garanzie anche a tal riguardo.

Con le disposizioni del Capo IV, la Direttiva ECN Plus consolida e armonizza i poteri istruttori e decisori conferiti alle autorità nazionali di concorrenza nell'applicazione delle norme di concorrenza del Trattato, per favorire una efficiente e uniforme applicazione del diritto antitrust a livello europeo. Per quanto riguarda il diritto italiano, le principali novità riguarderanno le verifiche ispettive e i poteri decisori. In particolare, l'articolo 6(1)(b) e (c) codifica la prassi applicativa che consente ai funzionari dell'Autorità incaricati dell'accertamento di acquisire ogni elemento informativo che sia "accessibile" per l'impresa soggetta all'ispezione

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2018

(inclusi dunque i documenti e le informazioni ospitati su *server* esterni all'impresa) e - ove necessario - di proseguire l'ispezione presso i locali dell'Autorità stessa. Inoltre, quando l'Autorità sia chiamata a svolgere un accertamento ispettivo per conto di altra autorità di concorrenza della rete ai sensi dell'articolo 22 del Regolamento 1/2003, l'articolo 24 (1) della Direttiva ECN Plus dispone ora esplicitamente che i funzionari incaricati potranno essere accompagnati e attivamente assistiti dai colleghi designati dall'autorità richiedente, abilitati all'esercizio dei poteri ispettivi.

L'articolo 7 prevede il potere di svolgere ispezioni a sorpresa in locali diversi da quelli nei quali si svolge l'attività di impresa, incluse dunque le abitazioni dei dirigenti delle imprese interessate. Tale potere potrà essere esercitato solo dopo aver ottenuto una preventiva autorizzazione giudiziale. Si segnala inoltre che, a differenza di quanto previsto per le ispezioni dei locali commerciali, il novero dei poteri ispettivi minimi che devono essere attribuiti alle autorità di concorrenza nell'ipotesi di ispezioni di locali "privati" risulta più circoscritto, in quanto non include né il potere di apporre sigilli, né quello di richiedere spiegazioni ai soggetti interessati e di verbalizzarne le risposte.

Inoltre, l'articolo 10 della Direttiva ECN Plus dispone che alle autorità nazionali di concorrenza sia conferito il potere di imporre rimedi strutturali o comportamentali con la decisione che accerta l'infrazione, quando ciò sia necessario per assicurare l'effettiva cessazione della violazione, sulla falsariga di quanto previsto dall'articolo 7 del Regolamento 1/2003.

Il Capo V disciplina invece l'esercizio del potere sanzionatorio da parte delle autorità nazionali di concorrenza, disponendo la capacità delle autorità nazionali di concorrenza di imporre o di chiedere di imporre sanzioni pecuniarie proporzionate e dotate di una adeguata efficacia deterrente e dettando un regime parzialmente armonizzato con riferimento al computo delle sanzioni associate tanto alle violazioni di natura procedurale, quanto alle norme sostanziali di concorrenza.

Dal punto di vista dell'impatto sul diritto nazionale, la disposizione di maggior rilievo della Direttiva ECN Plus riguarda certamente il trattamento sanzionatorio delle associazioni di imprese che violino la normativa a tutela della concorrenza. Come è noto, l'articolo 23, comma 2, del Regolamento 1/2003 prevede che in queste ipotesi il massimo edittale debba essere calcolato in relazione al fatturato totale di ciascuna delle imprese associate attive sul mercato interessato dall'infrazione commessa dall'associazione. Nel diritto italiano, per contro, il parametro di riferimento è stato costantemente individuato nel valore (di gran lunga inferiore) delle quote associative versate. In conformità al disposto dell'articolo 23, comma 4, del Regolamento 1/2003, la Direttiva ECN Plus all'articolo 14 dispone altresì che qualora l'associazione non sia solvibile, essa sia tenuta a richiedere ai

CAP II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

propri membri dei contributi a concorrenza dell'importo dell'ammenda. Se tali contributi non sono versati all'associazione entro un termine stabilito dall'autorità procedente, la Direttiva ECN Plus prevede che quest'ultima possa esigere il pagamento dell'ammenda direttamente da ciascuna delle imprese i cui rappresentanti siano membri degli organi decisionali interessati dell'associazione o - in subordine - da ciascuna delle imprese associate che opera sul mercato interessato dall'infrazione.

Inoltre, la Direttiva ECN Plus attribuisce alle autorità nazionali di concorrenza il potere di applicare penalità di mora alle imprese che si sottraggano all'ottemperanza delle decisioni di accertamento di infrazione, di adozione di misure cautelari o impegni proposti dalle parti, che si rifiutino di sottoporsi all'accertamento ispettivo o non adempiano in modo corretto, completo e tempestivo a una richiesta di informazioni. Si segnala, da ultimo, che le sanzioni previste per violazioni procedurali, quali l'infrazione dei sigilli apposti nei locali in cui si svolge un accertamento ispettivo, il rifiuto di soggiacere all'ispezione e l'inottemperanza a richieste di informazioni formulate in ispezione o nel corso del procedimento, dovranno - contrariamente a quanto ora avviene nel diritto italiano - essere determinate in proporzione al fatturato globale delle imprese interessate.

Norme armonizzate in tema di programmi di clemenza si rinviengono nel Capo VI, che regola anche il raccordo tra la concessione del beneficio dell'immunità e l'irrogazione di sanzioni alle persone fisiche responsabili dell'attuazione della condotta illecita. A riguardo, la Direttiva ECN Plus impone agli Stati membri che i dipendenti e gli amministratori delle società che accedono al beneficio dell'immunità siano tenuti indenni dalle conseguenze sanzionatorie dell'illecito, sul piano amministrativo e penale, purché la richiesta di immunità preceda l'avvio del procedimento penale e i soggetti interessati cooperino attivamente con le autorità nazionali di concorrenza.

Il Capo VII rafforza i meccanismi di cooperazione tra le autorità della rete europea della concorrenza, consentendo alle autorità nazionali di fornirsi assistenza reciproca per la notifica delle decisioni e per l'esecuzione dei provvedimenti sanzionatori in contesti transfrontalieri. Gli ultimi tre Capi della proposta di Direttiva ECN Plus contengono una serie di disposizioni eterogenee, tese alla corretta applicazione della normativa rilevante.

In conclusione, la Direttiva ECN Plus stabilisce una considerevole espansione dei poteri delle autorità nazionali di concorrenza, modellati sui poteri istruttori di cui si avvale la stessa Commissione. Il completamento e consolidamento dello strumentario investigativo e repressivo di cui dispongono le autorità nazionali di concorrenza può accrescere l'efficacia dell'attività di *enforcement*, agevolando l'acquisizione degli elementi di prova dell'illecito concorrenziale e favorendo la definizione del procedimento

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2018

amministrativo; per altro verso, un certo grado di convergenza tra i poteri istruttori minimi risulta funzionale ad assicurare l'efficace cooperazione investigativa nell'ambito della rete europea della concorrenza ECN.

Regolamento (UE) 2018/302 sui blocchi geografici ingiustificati (c.d. geoblocking) e altre forme di discriminazione

Il 3 dicembre 2018 è entrato in vigore il Regolamento (UE) 2018/302 recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati (c.d. *geoblocking*) e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno. Il Regolamento persegue l'obiettivo di favorire il commercio intracomunitario (in particolare, ma non esclusivamente, attraverso strumenti digitali) eliminando ogni artificiale segmentazione del mercato interno basata sulla nazionalità, la residenza o il luogo di stabilimento dei clienti.

Le pratiche di *geoblocking* sulle quali incide il Regolamento sono di tre tipi: i) il blocco dell'accesso a un sito *web* estero o il reindirizzamento automatico verso un "sito *web* nazionale", utilizzando strumenti quali il tracciamento dell'ubicazione del cliente per mezzo del suo indirizzo IP o della localizzazione satellitare; ii) l'applicazione di condizioni di vendita ingiustificatamente diverse a seconda della nazionalità, del luogo di stabilimento o di residenza del cliente, e iii) discriminazioni basate sullo strumento di pagamento utilizzato.

Il Regolamento si applica alle transazioni transfrontaliere aventi a oggetto l'offerta, sia *online* che *offline*, di beni mobili materiali e/o servizi da parte di un "professionista" stabilito all'interno dell'UE o in un Paese terzo in favore di un "cliente" cittadino UE oppure residente o stabilito all'interno dell'UE. Rientrano nella nozione di "cliente" sia i "consumatori" (persone fisiche che agiscono per scopi estranei all'attività professionale) sia le imprese che acquistano o ricevono beni/servizi "al fine esclusivo dell'uso finale" (art. 2 definizioni). Non ricadono nell'ambito di applicazione della proposta alcuni servizi già esclusi dalla direttiva 2006/123/CE, come i servizi di interesse generale non economici, i servizi di trasporto, i servizi audiovisivi, il gioco d'azzardo, i servizi sanitari e alcuni servizi sociali.

L'articolo 5, inoltre, estende anche ai pagamenti il divieto di discriminazione per motivi di nazionalità, residenza o stabilimento del cliente, ubicazione del conto di pagamento, luogo di stabilimento del prestatore dei relativi servizi e luogo di emissione dello strumento di pagamento, quando ricorrano le condizioni ivi previste.

L'articolo 6 mira a evitare eventuali elusioni per via contrattuale delle norme citate, sancendo la nullità di qualsiasi accordo che preveda restrizioni alle vendite passive (*i.e.*, non sollecitate dal professionista al quale il cliente si rivolge spontaneamente), in violazione del Regolamento.

CAP II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

Quanto all'esecuzione del Regolamento, che è direttamente applicabile in tutti gli Stati membri senza che occorran misure nazionali di recepimento, l'articolo 7 dispone che gli Stati membri individuino l'organo responsabile dell'applicazione delle norme e stabiliscano le sanzioni applicabili in caso di violazione. Inoltre, al successivo articolo 8 si prevede la designazione di uno o più organismi competenti a fornire "assistenza pratica ai consumatori" in caso di controversie derivanti dall'applicazione del Regolamento.

Da ultimo, va rilevato che il Regolamento in oggetto è stato inserito tra gli allegati del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori e della direttiva 2009/22/CE sui provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, in modo da consentirne l'esecuzione anche a mezzo degli strumenti contemplati da tali atti normativi.

Proposta di direttiva sulle pratiche commerciali scorrette nella filiera agro-alimentare

Il 12 aprile 2018 la Commissione Europea ha pubblicato una proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, che disciplina le pratiche commerciali scorrette nelle relazioni inter-imprenditoriali della filiera agro-alimentare.

L'iniziativa legislativa della Commissione intende impedire che lo squilibrio tra le posizioni negoziali delle Parti venga sfruttato per imporre al contraente debole talune condizioni, considerate senz'altro inique. La Commissione ritiene, infatti, che l'attuale frammentazione del quadro giuridico europeo - derivante da interventi nazionali lacunosi e disarmonici - conduca ad una indesiderabile alterazione delle condizioni di concorrenza sul mercato unico e si riveli insuscettibile di assicurare ai produttori agricoli una protezione adeguata nei confronti delle pratiche commerciali scorrette.

Sotto tale profilo, la Commissione sottolinea l'esigenza di garantire un coordinamento efficace tra le autorità nazionali responsabili per l'applicazione della disciplina in esame, che ad avviso dell'esecutivo comunitario garantirebbe una maggiore certezza giuridica a tutti gli operatori economici coinvolti. I co-legislatori, dal canto loro, si sono già espressi in favore di un intervento normativo a livello euro-unitario, che sostenga la posizione degli agricoltori più vulnerabili rispetto all'adozione di pratiche commerciali scorrette²⁵⁷.

La Commissione intende così perseguire l'obiettivo di parziale armonizzazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nella filiera agro-alimentare a livello euro-unitario.

²⁵⁷ Cfr. Risoluzione del Parlamento Europeo del 7 giugno 2016 e Conclusioni del Consiglio del 12 dicembre 2016; si veda anche il rapporto del Comitato Economico e Sociale del 30 settembre 2016.

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2018

L'Autorità ha partecipato in varie forme al processo ascendente di adozione del testo normativo.

Proposta di direttiva sulla protezione dei whistleblower

Il 23 aprile 2018, la Commissione Europea (DG JUST) ha adottato una proposta di direttiva²⁵⁸, volta ad assicurare un elevato livello di protezione agli informatori (*whistleblowers*), che consentano alle autorità preposte di individuare e reprimere condotte illecite.

La proposta, in particolare, intende impedire che gli informatori siano oggetto di misure ritorsive da parte dell'impresa presso la quale prestino la propria attività lavorativa. L'ambito di applicazione della proposta è assai ampio, comprendendo numerose aree del diritto dell'Unione Europea, tra cui gli articoli 101 e 102 TFUE.

La designazione dei soggetti preposti a ricevere i contributi degli informatori che riguardino l'applicazione delle regole di concorrenza è rimessa alla discrezionalità dei Paesi membri (art. 6, co.1), con l'unico *caveat* che - qualora l'autorità ricevente non abbia competenza alla trattazione dell'illecito segnalato dall'informatore - essa trasmetta la relativa documentazione all'autorità nazionale competente, informandone il richiedente (art. 6 co. 4).

Inoltre, la proposta vincola il soggetto che intenda rivelare l'esistenza di un illecito a esperire preliminarmente la via della segnalazione agli organi interni dell'impresa, prima di investire della questione l'autorità pubblica (art. 13, co. 2, lettera a). In via eccezionale è prevista la concessione del beneficio della protezione quando "l'informatore abbia ragionevoli motivi di ritenere che il ricorso ai canali di segnalazione interna possa compromettere l'efficacia dell'attività investigativa delle autorità competenti" (art. 13, co. 2, lettera e).

Con riferimento a tale proposta, i vertici delle autorità di concorrenza della Rete ECN hanno elaborato una dichiarazione congiunta²⁵⁹, pubblicata a novembre 2018, con la quale si chiede ai co-legislatori dell'Unione:

i) che la proposta di direttiva vincoli i Paesi membri alla designazione delle autorità nazionali di concorrenza come soggetti destinati a ricevere direttamente le informazioni relative a presunti illeciti antitrust;

ii) che la proposta di direttiva, nella materia della concorrenza, consenta agli informatori di beneficiare della protezione piena quando scelgano liberamente, sulla base del proprio apprezzamento delle circostanze del caso di specie, di rivolgersi direttamente all'autorità nazionale di concorrenza senza averne previamente informato i canali di segnalazione interna.

²⁵⁸ COM(2018)218 final.

²⁵⁹ La dichiarazione è disponibile al seguente link: <https://concurrance.public.lu/dam-assets/fr/actualites/201809/Draft-joint-statement-on-WB-Directive.pdf>

CAP II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

Attività nell'ambito della Rete Europea della Concorrenza

La Rete Europea della Concorrenza, che riunisce la Commissione Europea e le autorità nazionali competenti ad applicare le regole di concorrenza del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), costituisce un *forum* privilegiato per la discussione degli indirizzi interpretativi, la circolazione dei modelli applicativi e lo scambio di informazioni tra le autorità partecipanti.

Anche nel corso del 2018, si sono registrate numerose attività di collaborazione e cooperazione tra i membri ECN ai fini dell'*enforcement*. L'Autorità ha prestato assistenza a una richiesta formale da parte della Commissione Europea ex art. 12 del Reg. 1/2003 per la trasmissione di informazioni mentre a sua volta ha ricevuto supporto in due istanze, sempre ai sensi dell'art. 12, da parte della Commissione. Inoltre, l'Autorità ha dato seguito a una richiesta formale di assistenza ai sensi dell'articolo 22(1) del Reg. n. 1/2003 da parte dell'autorità di concorrenza rumena: l'assistenza richiesta, inserita all'interno di indagini volte ad accertare l'esistenza di una infrazione dell'articolo 101 o 102 TFUE, ha riguardato la raccolta di informazioni tramite accertamenti ispettivi.

Al di là delle attività di cooperazione di carattere formale e finalizzate per lo più all'acquisizione di elementi per procedere a investigazioni, la Rete ECN continua a rappresentare anche un mezzo informale per lo scambio di esperienze e di informazioni non confidenziali: nel 2018 l'Autorità ha risposto a 21 richieste vertenti su varie questioni.

In effetti, la Rete è divenuta nel tempo un *forum* per la discussione e lo sviluppo delle politiche della concorrenza. A questi fini, il confronto si articola a diversi livelli organizzandosi in gruppi di lavoro settoriali o orizzontali. In particolare, tra i gruppi settoriali nel periodo in esame l'Autorità ha preso parte ai gruppi relativi ai settori energia, assicurazioni e banche, agro-alimentare, comunicazioni e farmaceutico. Tra i gruppi dedicati a questioni di carattere orizzontale, nel periodo esaminato hanno proseguito le proprie attività, con il coinvolgimento dell'Autorità, il Gruppo Cartelli, il Gruppo Concentrazioni, il Gruppo *Cooperation Issues and Due Process*, il Gruppo *Chief Economist*, il Gruppo *Horizontal & Abuse*, il Gruppo *Digital*, il Gruppo sulle restrizioni verticali e il Gruppo sulle attività informatiche forensi.

Attività nell'ambito della Rete internazionale della concorrenza (ICN)

La Rete Internazionale delle autorità di concorrenza (*International Competition Network* o ICN), che comprende più di 135 membri, persegue due principali finalità: da un lato, promuovere un'interpretazione e applicazione coerente della disciplina antitrust tra le autorità nazionali, pur nella consapevolezza dell'esistenza di sistemi giuridici e istituzionali molto

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2018

differenti; dall'altro lato, predisporre strumenti funzionali allo scambio di informazioni e al raccordo tra le autorità di concorrenza in occasione di procedimenti istruttori sovranazionali.

L'Autorità partecipa attivamente all'attività dell'ICN, contribuendo ai progetti e alla stesura dei documenti. In particolare, nel corso del 2018 l'Autorità ha proseguito il ruolo di coordinamento del Gruppo di Lavoro ICN sulle Condotte Unilaterali, che approfondisce lo studio delle condotte anticoncorrenziali poste in essere dalle imprese in posizione dominante o dotate di potere di mercato, promuovendo la convergenza delle prassi applicative tra le autorità di concorrenza.

Tra i documenti ICN più importanti approvati nella riunione plenaria 2018, svoltasi a Delhi dal 21 al 23 marzo, rientra senza dubbio la revisione delle Raccomandazioni ICN 2002 in tema di procedure di notifica delle concentrazioni (*Recommended Practices for Merger Notification Procedures*)²⁶⁰. Questo lavoro pluriennale di aggiornamento delle Raccomandazioni ha visto nel 2018 nuove linee guida per quanto riguarda gli aspetti procedurali della fase di notifica e valutazione delle operazioni e i meccanismi di cooperazione internazionale. Quest'ultimo tema è divenuto ormai centrale dato il numero crescente di autorità di concorrenza coinvolte nella valutazione di transazioni di carattere transfrontaliero. In tale contesto, le Raccomandazioni ICN si prefiggono lo scopo di facilitare la convergenza tra le prassi applicative delle autorità di concorrenza così da minimizzare i rischi di incoerenza negli esiti valutativi e i costi per le imprese derivanti da sistemi disallineati.

Alla conferenza l'ICN ha anche affrontato le delicate questioni di *due process* e trasparenza con riferimento agli aspetti più generali di funzionamento e di organizzazione che contribuiscono a determinare l'efficacia delle autorità antitrust²⁶¹. Nel 2018 l'ICN ha ripreso questo filone di lavoro approfondendo i meccanismi di garanzia e controllo dei processi interni alle autorità di concorrenza. Il risultato è stato l'approvazione di due documenti, uno contenente principi generali²⁶² e un altro che arricchisce il documento del 2015 con indicazioni più dettagliate per le autorità di

²⁶⁰ Il documento *ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures (revised in 2017)* è disponibile al seguente link: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1108.pdf>

²⁶¹ Si veda il documento *ICN Guidance on Investigative Process* disponibile al seguente link: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AEWG_Guidance_InvestigativeProcess.pdf. Alla conferenza annuale 2015, il *network* internazionale aveva già ribadito l'importanza dei principi di trasparenza, partecipazione delle Parti e protezione delle informazioni riservate durante le indagini in materia di concorrenza, pur riconoscendo la diversità dei contesti giuridici e istituzionali in cui operano le autorità, approvando linee guida con riferimento ai provvedimenti istruttori (*ICN Guidance on Investigative Process*).

²⁶² Il documento *ICN Guiding Principles for Procedural Fairness in Competition Agency Enforcement* è disponibile al seguente link: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AEWG_GuidingPrinciples_ProFairness.pdf

CAP II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

concorrenza in tema di controlli interni²⁶³. Si tratta di suggerimenti che fanno già parte del *modus operandi* dell'Autorità, ma che potrebbero rivelarsi utili alle autorità di concorrenza di più recente istituzione.

Tra i numerosi suggerimenti, va ricordato l'invito rivolto alle agenzie di concorrenza a dotarsi di procedure e pratiche interne per garantire che i processi investigativi siano coerenti, imparziali e non discriminatori. Inoltre, nel documento le autorità antitrust sono invitate ad adottare le misure necessarie per una valutazione attenta delle risultanze istruttorie e delle decisioni finali prima che vengano deliberate: in quest'ottica, meccanismi di tutele e controlli interni in grado di contribuire a un processo decisionale informato aumentano la probabilità di risultati solidi e rafforzano la credibilità delle autorità.

La rilevanza delle tematiche sopra menzionate nel dibattito internazionale è anche dimostrato dal fatto che il Comitato Concorrenza dell'OCSE ha intrapreso nel 2018 un progetto strategico proprio su tali questioni, finalizzato all'elaborazione di una Raccomandazione.

Un altro documento ICN di interesse, elaborato all'interno del Gruppo di Lavoro sulla promozione della concorrenza, è una relazione riguardante il tema dell'attuazione e monitoraggio dell'efficacia degli interventi di *advocacy*²⁶⁴. Dal documento emerge che, benché soltanto un esiguo numero di autorità di concorrenza svolga un'analisi puntuale e strutturata, vi sia una crescente attenzione da parte delle autorità di tutto il mondo a misurare l'esito dei propri sforzi di *advocacy*. La relazione menziona anche l'esperienza dell'Autorità che a partire dal 2013 pubblica con periodicità annuale i risultati del monitoraggio degli esiti degli interventi di segnalazione e consultivi dell'Autorità riferiti all'ultimo biennio.

Il tema dell'attuazione e del monitoraggio è strettamente legato a quello della pianificazione delle attività di *advocacy*, oggetto di un rapporto dell'ICN pubblicato nel 2017. In tale sede, si evidenziavano i criteri adottati dalle autorità per la definizione delle priorità di *advocacy* e per l'allocazione delle relative risorse, nella consapevolezza che una certa flessibilità è necessaria per poter rispondere tempestivamente a misure restrittive introdotte dal legislatore o dalla regolazione, non prevedibili al momento della pianificazione.

Infine, anche nel 2018 l'Autorità ha coordinato il *Competition Advocacy Contest*. Si tratta di una competizione aperta a tutte le autorità del mondo, promossa e gestita congiuntamente da ICN e Banca

²⁶³ Si veda il documento *ICN Guidance on Investigative Process*, sezione "V. Internal Agency Safeguards" (pp. 6-7), disponibile al seguente link: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AEWG_Guidance_InvestigativeProcess.pdf

²⁶⁴ Il documento *Advocacy Strategy Project - Part Two - Monitoring and Assessing the Results of Advocacy Efforts* è disponibile al seguente link: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AWG_StrategyAssessingReport2018.pdf

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2018

Mondiale, che mira a selezionare i più efficaci esempi di promozione della concorrenza. Il tema generale dell'edizione 2018 del *Contest*, “*Closing the gap through competition advocacy: microeconomic policies, macroeconomic implications*”, a sottolineare il ruolo che le iniziative di *advocacy* possono svolgere nel promuovere trasformazioni di carattere macroeconomico. I temi per i quali le autorità di concorrenza sono state invitate a sottoporre le proprie esperienze di successo sono: la promozione di riforme strutturali in settori cruciali; la creazione di mercati per lo sviluppo del settore privato; l'ottenimento di benefici dalla globalizzazione e dall'apertura dei mercati; il miglioramento delle procedure amministrative per rimuovere gli ostacoli alla concorrenza.

Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE)

Negli ultimi anni, sia il Comitato Concorrenza sia il Comitato sulla Politica dei Consumatori dell'OCSE hanno incentrato la propria attività sull'analisi delle opportunità e criticità determinate dallo sviluppo digitale. In entrambi i Comitati è emersa in maniera sempre più evidente la necessità di esaminare congiuntamente le dinamiche competitive dal lato dell'offerta, approfondite soprattutto dal Comitato Concorrenza, e le modalità di fruizione dei servizi digitali dal lato della domanda, su cui si incentra l'attività del Comitato Politica del Consumatore.

Per tale motivo, nel 2018 si è tenuta una sessione congiunta dei due Comitati, dedicata ad argomenti di comune interesse quali la rilevanza delle componenti non monetarie delle transazioni e la definizione personalizzata dei prezzi.

Per quanto attiene alle componenti non monetarie delle transazioni, che fondano il modello di *business* di importanti piattaforme *online*, il dibattito ha approfondito tre interrogativi: quali elementi del servizio rappresentino fattori significativi di qualità per i consumatori (ad esempio, la riservatezza delle informazioni o l'assenza di pubblicità), in quale misura lo strumentario antitrust tradizionale sia adeguato a considerare le componenti non monetarie dei servizi (ad esempio, ai fini della definizione dei mercati rilevanti nei casi di mercati a più versanti, oppure per misure qualitative della competizione sulla qualità) e come rispondere a pratiche scorrette o aggressive riguardanti aspetti non monetari. Nel suo contributo scritto, l'Autorità ha condiviso la propria positiva esperienza di applicazione sinergica delle proprie competenze in materia di concorrenza e di protezione di consumatore, soprattutto nell'economia digitale. In particolare, è stato dato risalto ai risultati della ricerca di mercato condotta nell'ambito dell'indagine conoscitiva sui Big Data, incentrata proprio sulla rilevanza e sul valore attribuito dai consumatori alla cessione dei propri dati

CAP II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

personali, a fronte dell'utilizzo gratuito di servizi digitali. Inoltre, sono stati illustrati alcuni interventi nei confronti di pratiche commerciali scorrette e aggressive inerenti a componenti non monetarie del servizio (quali i recenti procedimenti WhatsApp), in occasione dei quali l'Autorità si è espressa in merito alla assoggettabilità di tali pratiche al proprio sindacato, in virtù del valore economico della transazione.

Il secondo tema oggetto di discussione congiunto, la personalizzazione del prezzo, muove dalla considerazione che la capacità economica e la disponibilità a pagare di ciascun consumatore può essere stimata in modo sempre più preciso dalle piattaforme digitali, grazie all'elaborazione dei dati personali. In tale contesto, non appare lontano il tempo in cui determinati operatori potranno attuare forme di discriminazione di prezzo nelle quali a ciascun acquirente è applicato un prezzo differente per lo stesso prodotto o servizio, in base alla propria disponibilità a pagare.

Da un punto di vista della concorrenza, la discriminazione di prezzo può risultare vantaggiosa per i consumatori, potendo determinare un aumento del numero di consumatori serviti e/o delle quantità offerte, e pertanto si riconosce a tale pratica una generale presunzione di non dannosità, individuando eventuali preoccupazioni concorrenziali solo in presenza di un trasferimento di *surplus* dai consumatori ai produttori, qualora il *test* valutativo adottato sia il benessere dei consumatori. Come noto, la normativa sulla concorrenza vieta esplicitamente solo le discriminazioni di prezzo nei confronti di imprese e non anche dei consumatori finali, e nella prassi tale normativa è stata applicata prevalentemente nei confronti di discriminazioni basate sul paese di residenza delle imprese clienti. Dalla discussione, pertanto, appare complesso l'inquadramento giuridico della fattispecie applicata ai consumatori nonché difficile la sua valutazione economica, ancor più nell'ipotesi di una configurazione come abuso di sfruttamento. In tal contesto, la tutela del consumatore sembra, invece, in grado di affrontare efficacemente alcune specifiche strategie di impresa dannose per il consumatore. Da un punto di vista di tutela del consumatore, potrebbero infatti emergere problematiche di scarsa trasparenza da parte degli operatori che praticano prezzi personalizzati in grado di condizionare la libertà di scelta del consumatore.

Nel corso del 2018, il Comitato Concorrenza dell'OCSE ha proseguito la propria attività di approfondimento delle tematiche relative al diritto e alla politica della concorrenza dedicando tavole rotonde altre tematiche inerenti il mondo digitale e l'impatto dell'innovazione, di cui si dà brevemente conto di seguito.

Nel discutere del settore dei servizi di taxi a *car sharing*, la tavola rotonda OCSE ha messo in rilievo la necessità di una revisione dell'attuale quadro regolatorio, che tenga conto del ruolo della tecnologia e dei *big*

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2018

data nella determinazione dei prezzi e dell'emersione di modelli di *business* alternativi. L'Autorità ha prodotto un contributo scritto, sintetizzando l'ampia attività di *advocacy* svolta in quest'area, comprensiva delle proposte al legislatore per evitare distorsioni della concorrenza tra operatori nuovi e tradizionali e dell'intervento *amicus curiae* nella causa riguardante Uber.

Inoltre, il Comitato Concorrenza ha promosso una discussione sugli sviluppi della tecnologia *blockchain*, per esaminare le eventuali criticità concorrenziali che tale nuove tecnologia potrebbe sollevare. Come noto, il *blockchain* è un sistema "diffuso" di gestione dei dati, in cui le informazioni non sono centralizzate ma suddivise in "blocchi" distribuiti tra diversi elaboratori in maniera condivisa. La catena di blocchi che ne deriva risulta particolarmente affidabile in termini di tracciabilità e sicurezza, perché la falsificazione di un singolo blocco viene rilevata dagli altri blocchi concatenati. La discussione in sede OCSE ha evidenziato che la tecnologia *blockchain* ha le potenzialità di penetrare numerosi settori anche in maniera dirompente. Sebbene ancora prematuro, è stato prospettato il pericolo dell'utilizzo della tecnologia *blockchain* (soprattutto nel caso di "catena chiuse" a un limitato numero di operatori) come strumento collusivo o di esclusione di determinati concorrenti.

Per quanto riguarda l'impatto dell'*e-commerce* sulla configurazione dei mercati, il Comitato Concorrenza ha esaminato alcune questioni, tra cui i cambiamenti nelle abitudini di consumo e le relative implicazioni per le relazioni verticali tra produttori e distributori, le restrizioni sulle vendite *online* e i rapporti economici che legano le piattaforme digitali ai prodotti e servizi venduti sulle stesse. È emersa la necessità di un approccio olistico che includa oltre al punto di vista dell'attuazione del diritto antitrust anche la prospettiva di tutela del consumatore, al fine di identificare temi comuni, rimedi efficaci e migliori pratiche. Il contributo italiano ha evidenziato gli interventi e le linee di *policy* dell'Autorità degli ultimi anni, sottolineando come la tutela del consumatore nell'ecosistema digitale sia una priorità strategica delle attività di *enforcement* e *advocacy* dell'Autorità. Infine, è stata illustrata l'intensa attività di tutela del consumatore, che nel settore dell'*e-commerce* annovera numerosi istruttorie, tra cui quelle relative alle garanzie offerte da Amazon, alla trasparenza dei siti di comparazione dei prezzi e alla prospettazione tariffaria di Trenitalia.

Infine, nel 2018 il Comitato Concorrenza ha approvato tre progetti strategici su cui incentrare la propria attività nei prossimi anni. Si tratta in particolare dei seguenti argomenti: trasparenza e garanzie procedurali, *competitive neutrality* e concorrenza e diritti di proprietà intellettuale.

CAP II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

Conferenza delle Nazioni Unite per il commercio e lo sviluppo (UNCTAD)

Nel corso del 2018, il Segretariato dell'UNCTAD ha dato seguito al mandato, ricevuto dal Gruppo di Esperti di Concorrenza (IGE, *Intergovernmental Group of Experts*) dell'UNCTAD in occasione della riunione di luglio 2017, di costituire un gruppo di discussione finalizzato a promuovere la cooperazione internazionale in materia di concorrenza in applicazione della sezione F del Set ONU sui Principi e Regole Multilaterali di Controllo delle Pratiche Restrittive²⁶⁵.

Il Segretariato dell'UNCTAD e il gruppo di discussione, di cui fa parte anche l'Autorità, hanno predisposto una relazione sugli ostacoli alla cooperazione internazionale, sulla scorta dei contributi forniti da 54 agenzie di concorrenza in tutto il mondo.

In seguito al rinnovo del mandato del gruppo di discussione, avvenuto nella riunione dell'IGE Concorrenza di luglio 2018, è stato costituito un comitato di redazione composto da agenzie di concorrenza di 10 Paesi, tra cui l'Autorità, che sta provvedendo alla redazione di un testo consolidato che presenti proposte di miglioramento della cooperazione internazionale in materia di concorrenza, sulla base dei contributi ricevuti dagli Stati membri.

Cooperazione bilaterale

La cooperazione bilaterale con autorità di concorrenza di altri Paesi è complementare alla partecipazione ai contesti internazionali multilaterali ed è prioritariamente orientata a fornire occasioni di confronto con altre autorità mature e di formazione alle autorità meno esperte. In tale ambito, anche nel 2018 l'Autorità ha svolto un ruolo rilevante, mediante confronti sull'inquadramento di determinate fattispecie e attraverso attività di formazione svolte all'estero.

In particolare, l'Autorità ha partecipato con propri interventi alle attività di formazione del Centro Regionale OCSE per la Concorrenza rivolto alle autorità di concorrenza dell'Est Europeo, nonché dell'edizione 2018 del progetto EU-India Competition Week, promosso dalla Commissione Europea e indirizzato all'autorità di concorrenza indiana.

Di particolare rilievo, inoltre, la sottoscrizione di un *Memorandum of Understanding* con l'autorità di concorrenza francese. Sulla scorta di altre positive esperienze tra autorità di concorrenza europee, il documento contempla scambi di esperienze, attività di formazione e iniziative congiunte tra le due autorità.

Infine, nell'ambito dell'accordo di cooperazione bilaterale da

²⁶⁵ Il Set ONU (*UN Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices*) è un documento relativo alla cooperazione internazionale in materia di concorrenza approvato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1980 e soggetto a verifica ed eventuale revisione da parte del Gruppo di Esperti di Concorrenza UNCTAD ogni cinque anni.

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2018

tempo siglato con l'autorità di concorrenza russa, il *Federal Antimonopoly Service* (FAS), due rappresentanti dell'Autorità hanno partecipato ad altrettante riunioni in Russia del Gruppo di Lavoro internazionale sul settore farmaceutico, che l'Autorità presiede insieme alla controparte russa.

Convegno internazionale - Jevons Colloquium 2018

L'Autorità ha ospitato presso la propria sede il 22 maggio 2018 il convegno internazionale *"Future perspectives on media markets: competition, pluralism and regulatory oversight"* (Jevons Colloquium 2018), evento organizzato congiuntamente con prestigiose istituzioni internazionali, il *Jevons Institute* della *University College London* (UCL) e il *Global Antitrust Institute* della *George Mason University*, e in cooperazione con le autorità di concorrenza di Germania, Francia e Regno Unito.

Il programma della conferenza si è articolato in tre tavole rotonde. La prima ha affrontato aspetti economici di rilievo concorrenziale nei mercati digitali, quali l'analisi del benessere dei consumatori, il ruolo della pubblicità e il fenomeno del cosiddetto *multi-homing* (utilizzo contestuale di più piattaforme *online* da parte degli utenti). La seconda tavola rotonda si è soffermata sugli attuali processi di consolidamento dei media e delle piattaforme *online*, sollecitando una riflessione sull'opportunità di considerare o meno altri interessi pubblici (come il pluralismo) nelle valutazioni di concorrenza. La terza discussione è stata dedicata all'interazione tra regolazione e concorrenza, approfondendo le eventuali specificità di interventi regolatori nei confronti dei nuovi media e discutendo se siano necessari interventi correttivi del mercato con riguardo ai contenuti.

All'evento hanno partecipato circa 120 esperti accademici e rappresentanti di autorità di concorrenza e regolazione di tutto il mondo, tra cui la Commissione Europea e la Divisione Antitrust del Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti.