

Attività di tutela e promozione della concorrenza

**Effetti discriminatori**

Nel settore delle ristrutturazioni edilizie, l'Autorità ha segnalato al legislatore nazionale come l'introduzione dei contributi per la riqualificazione energetica (il c.d. "ecobonus") e per l'installazione di impianti fotovoltaici, prevista dal c.d. "Decreto Crescita", appaia suscettibile di creare restrizioni della concorrenza nell'offerta di servizi di riqualificazione energetica a danno delle piccole e medie imprese, favorendo i soli operatori economici di più grandi dimensioni (AS1622). Il meccanismo, introdotto dal legislatore, del rimborso all'impresa sotto forma di credito d'imposta esclusivamente in compensazione di altre imposte dovute, infatti, favorisce questi ultimi – i soli che hanno la possibilità di compensare i crediti d'imposta in ragione del proprio consistente volume di debiti fiscali – a discapito degli operatori di piccole e medie dimensioni che non hanno, invece, tale possibilità (AS1592).

Sempre nell'ambito del settore energetico, l'Autorità ha segnalato gli effetti discriminatori prodotti dalla delibera con cui il Comune di Imperia ha affidato direttamente alla società Enel Sole S.r.l., per la durata di nove anni, la manutenzione ordinaria e straordinaria, nonché alcuni lavori di efficientamento energetico, di una porzione della rete di illuminazione pubblica comunale (AS1585). L'Autorità è intervenuta ai sensi dell'art. 21-bis della l. 287/1990. Poiché l'amministrazione non si è adeguata al parere, l'Autorità ha disposto l'impugnazione davanti al giudice amministrativo competente. Il ricorso è pendente. Nell'ambito dei diritti d'autore, l'Autorità ha segnalato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri e al Ministro per i Beni e le Attività culturali le distorsioni concorrenziali prodotte dall'entrata in vigore del decreto del Ministero per i Beni e le Attività culturali del 5 settembre 2018, che ha introdotto la nuova disciplina relativa ai criteri di ripartizione dei compensi dovuti agli artisti interpreti ed esecutori.

Ad avviso dell'Autorità, detta disciplina dei diritti d'autore tende a sostituire assetti monopolistici – che non possono essere giustificati, né tantomeno sono necessari sulla base della legislazione vigente – con assetti ugualmente restrittivi della concorrenza che,

tra l'altro, rischiano di porre l'operatore storico di riferimento in una posizione di indubbio vantaggio negoziale rispetto alle *collecting* nuove entranti, penalizzando le possibili spinte innovatrici introdotte da queste ultime (AS1579).

Casi di regolamentazione discriminatoria sono stati segnalati dall'Autorità anche a livello regionale; è il caso della legge regionale n. 5/2019 della Regione Piemonte, che disciplina diverse forme di attività ricettive all'aperto, considerata eccessivamente restrittiva e discriminatoria dall'Autorità, in quanto le numerose prescrizioni non appaiono giustificate dalla necessità di salvaguardare specifiche esigenze di carattere imperativo, ma si risolvono unicamente in limitazioni che comprimono in maniera indebita la capacità concorrenziale delle singole strutture, ostacolando l'operatività sul mercato. (AS1583).

Allo stesso modo, l'Autorità ha segnalato alcune disposizioni discriminatorie contenute nella legge della Regione Puglia n. 3/2019 avente a oggetto l'attività di panificazione (AS1580).

In tutti e due questi ultimi casi, l'Autorità ha inviato un parere su richiesta della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ai sensi dell'art. 4 del d.l. 1/2012, al fine di sollevare l'impugnazione delle norme di fronte alla Consulta per violazione dell'art. 117, primo comma e secondo comma, lettera e) Cost.

Sempre a livello locale, l'Autorità ha segnalato le criticità concorrenziali derivanti dall'attività di consulenza alle imprese agricole trentine svolta dalla Fondazione Edmund Mach di San Michele all'Adige (di seguito FEM). Grazie alle prerogative istituzionali e alle funzioni demandate dalla provincia Autonoma di Trento, FEM gode di un vantaggio concorrenziale non replicabile dagli altri concorrenti presenti nel mercato dei servizi di consulenza in questione, che non sono quindi in grado di operare in condizioni di parità. Allo scopo di porre rimedio a tali distorsioni, l'Autorità ha evidenziato la necessità di introdurre un obbligo, in capo a FEM, di operare tramite società separata per i servizi di consulenza, in modo da limitare, tra gli altri, il rischio di sussidi incrociati (AS1581).

Relazione annuale sull'attività svolta | 31 marzo 2020

Infine, l'Autorità ha segnalato le distorsioni concorrenziali prodotte dalla legge della Regione Toscana n. 53/2018, relativa alla concessione di contributi a favore della società Artex per il co-finanziamento dell'attività svolta dalla stessa società a sostegno dell'artigianato artistico e tradizionale, sulla base dei programmi presentati da Artex e approvati dalla Giunta regionale; la medesima normativa regionale limita la possibilità degli altri operatori di beneficiare dei descritti contributi. L'Autorità ha rilevato che quanto disposto dalla citata normativa regionale contrasta con i principi posti a tutela della concorrenza e del mercato, in quanto l'erogazione di contributi pubblici a un soggetto privato per lo svolgimento di attività culturali non può prescindere da un previo confronto competitivo (AS1648).

Barriere all'ingresso

Particolarmente dannose per la concorrenza sono considerate anche le disposizioni che introducono barriere all'ingresso dei mercati o che ostacolano l'avvio di nuove attività economiche.

In questo ambito, l'Autorità è intervenuta, tra gli altri, nei confronti della Regione Sicilia e della Regione Basilicata per ribadire la propria contrarietà al ricorso al criterio della spesa storica, già usato in passato dalle due Regioni, per ripartire l'aggregato regionale di spesa sanitaria; tale criterio, infatti, applicando automaticamente, per la ripartizione delle risorse pubbliche, gli aggregati di spesa storici sganciati da qualsiasi valorizzazione quali/quantitativa delle *performance* dei singoli operatori, tende a cristallizzare nel tempo le quote di mercato, disincentivando il confronto competitivo fra le diverse imprese. L'Autorità ha, pertanto, auspicato che siano definiti rapidamente nuovi criteri di attribuzione del *budget* per le strutture sanitarie private convenzionate, che consentano di seguire un approccio più attento alla valutazione della qualità e della *performance* delle strutture e di prevedere meccanismi per favorire l'accesso a fondi pubblici anche da parte di nuovi operatori (AS1582 e AS1616).

Nel caso della Regione Sicilia, l'Autorità è intervenuta ai sensi dell'art. 21-bis della l. 287/1990. Poiché

l'amministrazione non si è adeguata al parere, l'Autorità ha disposto l'impugnazione davanti al giudice amministrativo competente. Il ricorso è pendente. Allo stesso modo, nell'ambito dei servizi resi agli automobilisti, l'Autorità ha evidenziato al legislatore nazionale come l'art. 10 del decreto del Presidente della Repubblica 19 settembre 2000, n. 358 (*Regolamento recante norme per la semplificazione del procedimento relativo all'immatricolazione, ai passaggi di proprietà e alla reimmatricolazione degli autoveicoli, dei motoveicoli e dei rimorchi*), nella sua attuale formulazione, contiene previsioni in contrasto con i principi di liberalizzazione e concorrenza di derivazione europea di cui alla direttiva 2006/123/CE (c.d. "Direttiva servizi") e con i successivi decreti di liberalizzazione (decreti c.d. "Cresci Italia" e "Salva Italia"), nella misura in cui lo stesso continua a disporre che i collegamenti telematici degli Sportelli Telematici dell'Automobilista siano attivati "in modo da evitare turbative di mercato e al fine di assicurare l'apertura contemporanea di un numero di sportelli adeguato alle esigenze del territorio". L'Autorità ha sottolineato che, poiché le attività di consulenza automobilistica costituiscono servizi privati in regime di concorrenza, esse dovrebbero poter essere svolte in condizioni non discriminatorie e senza limitazioni all'accesso che non risultino strettamente necessarie, giustificate e proporzionate al perseguimento di rilevanti interessi generali non altrimenti tutelabili (AS1572).

L'Autorità ha, inoltre, valutato eccessivamente restrittive le misure previste dalla legge della Regione Puglia n. 17/2019, che subordinano l'accesso e l'esercizio dell'attività di direttore tecnico di agenzia di viaggi all'espletamento di uno specifico esame di abilitazione. Ad avviso dell'Autorità, non sembra che sussistano asimmetrie informative tali da giustificare una limitazione della concorrenza attraverso l'imposizione di specifiche procedure di abilitazione. Anche in questo caso, l'Autorità ha adottato il parere su richiesta della Presidenza del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art. 4 del decreto legge 1/2012, allo scopo di sollevare l'impugnazione delle norme di fronte alla Consulta per violazione degli artt. 41 e 117, secondo comma, lettera e) Cost. (AS1596).

Attività di tutela e promozione della concorrenza



Infine, l'Autorità ha segnalato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri e al Ministro per i Beni e le Attività culturali e per il Turismo la necessità di definire i nuovi criteri di ripartizione del compenso copia privata (CCP), settore video, e rimuovere, in tale ambito, gli ostacoli normativi che impediscono agli organismi di gestione collettiva (di seguito, OGC) e alle entità di gestione indipendenti (di seguito, EGI) di partecipare al processo di ripartizione, ricevendo direttamente dalla SIAE (Società Italiana degli Autori ed Editori) la quota di CCP video loro spettante. A tal riguardo, l'Autorità ha evidenziato come l'assetto ad oggi in essere – che comprime la libertà degli aventi diritto di scegliere il soggetto cui affidare la gestione del CCP video – non sia coerente né con la normativa vigente (che consente “anche” e non soltanto alle associazioni di categoria di svolgere l'attività di gestione del CCP) né con l'evoluzione dei mercati relativi alla gestione dei diritti d'autore e dei diritti connessi, ove già operano sia OGC, sia EGI, che gestiscono tali diritti per conto dei propri mandanti/associati e, in alcuni casi, anche il CCP destinato ad artisti, interpreti ed esecutori (AS1637).

Vincoli sproporzionati all'esercizio dell'attività d'impresa

Numerose risultano anche le disposizioni che introducono vincoli eccessivi e sproporzionati allo svolgimento dell'attività economica degli operatori di mercato, limitandone la libertà d'impresa. Tali vincoli risultano particolarmente dannosi soprattutto in quei mercati che potrebbero beneficiare dell'introduzione di innovazioni tecnologiche in grado di incrementare la qualità dei servizi offerti ai consumatori, come nel caso, ad esempio, dei servizi di noleggio con conducente. Nell'ambito delle professioni sanitarie, la legge di Bilancio 2019 ha reintrodotta limitazioni all'utilizzo della pubblicità che sono state valutate dall'Autorità – in una segnalazione inviata al legislatore nazionale – non necessarie né proporzionate all'interesse generale di tutela della salute del consumatore. In particolare, la previsione secondo la quale il contenuto legittimo di una “comunicazione informativa”, avente a oggetto i titoli, le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto e il prezzo delle

prestazioni, debba altresì “garantire la sicurezza dei trattamenti sanitari”, introduce un parametro di valutazione delle comunicazioni talmente vago e indeterminato da generare incertezza circa la legittimità della comunicazione stessa da parte dei professionisti. Allo stesso modo, appare parimenti indeterminata la previsione secondo cui le “comunicazioni informative” non devono contenere alcun elemento di carattere promozionale o suggestivo. In entrambi i casi, l'Autorità ha ravvisato il rischio che gli ordini professionali intervengano strumentalmente per riempire i vuoti normativi, reintroducendo restrizioni alla concorrenza che avrebbero come effetto quello di limitare ingiustificatamente l'impiego, da parte dei professionisti, di un'importante leva concorrenziale, quale la pubblicità, e di ostacolare la possibilità per i consumatori di effettuare scelte maggiormente consapevoli (AS1574).

Sempre nell'ambito dei servizi professionali, l'Autorità ha segnalato al legislatore nazionale l'esigenza di chiarire meglio i requisiti in base ai quali, a seguito delle disposizioni introdotte nella Legge di Stabilità 2012 (legge 12 novembre 2011, n. 183 recante *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*), è consentito ai professionisti di organizzarsi in forma societaria. A fronte dell'esistenza di incertezze interpretative da parte di diversi Ordini professionali, l'Autorità ha auspicato che i Ministeri della Giustizia e dello Sviluppo economico vogliano intraprendere, nell'ambito delle rispettive competenze, iniziative idonee a garantire un'interpretazione uniforme delle norme, specificando che i due requisiti – numero dei soci e partecipazione al capitale sociale – debbano essere intesi come alternativi e non come cumulativi, allo scopo di ridurre gli ostacoli alla possibilità per i professionisti di organizzarsi in forma di società tra professionisti (AS1589).

Eccessivamente restrittive sono state ritenute anche le disposizioni contenute nella legge della Regione Friuli Venezia Giulia n. 6/2019, relative ai requisiti funzionali, dimensionali e operativi particolarmente stringenti per l'esercizio dell'attività di *bed and breakfast* all'interno del territorio regionale. L'Autorità,

Relazione annuale sull'attività svolta | 31 marzo 2020

ritenendo che tale disciplina si ponga in contrasto con i principi costituzionali a tutela della concorrenza e della libertà di iniziativa economica, ha inviato un parere su richiesta della Presidenza del Consiglio dei

Ministri ai sensi dell'art. 4 del decreto legge 1/2012, al fine di sollevare l'impugnazione delle norme di fronte alla Consulta per violazione degli artt. 41 e 117, secondo comma, lettera e) Cost. (AS1594).

FOCUS Servizi di NCC

L'Autorità, nel corso degli ultimi anni, ha rilevato in diverse occasioni l'opportunità di rivedere la regolazione del mercato dei servizi di trasporto non di linea di persone, disciplinati dalla legge 15 gennaio 1992, n. 21 (*Legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea*), con l'obiettivo, fra gli altri, di favorire la diffusione delle nuove tecnologie digitali fra gli operatori di mercato che offrono tali servizi.

In particolare, l'Autorità ha chiesto più volte (*ex multis*, AS501, AS683, AS1137, AS1122, AS1354) una riforma che operi un alleggerimento della regolazione esistente, ad esempio disponendo una maggiore flessibilità operativa per i soggetti dotati di licenza taxi ed eliminando le disposizioni che limitano su base territoriale l'attività degli operatori NCC, ciò al fine di equiparare dal lato dell'offerta gli operatori dotati di licenza taxi e quelli dotati di autorizzazione NCC e facilitare lo sviluppo di forme di servizio più innovative e benefiche per i consumatori (come, ad esempio, Uber black e Mytaxi).

I recenti interventi dell'Autorità sono rimasti, tuttavia, inascoltati: si ricorda, a tal proposito, che la *Legge annuale per il mercato e la concorrenza* (l. 124/2017), approvata nell'agosto del 2017, conteneva una delega al Governo per la revisione della disciplina in materia di autoservizi pubblici non di linea. Tale delega, tuttavia, non è mai stata esercitata. Al contrario, il legislatore ha recentemente approvato alcune norme che confermano e incrementano le restrizioni concorrenziali ai servizi di NCC: si tratta, in particolare, dell'art. 10-bis del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135 (*Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione*, il c.d. "Decreto semplificazioni"), convertito in legge dall'art. 1, comma 1, l. 12/2019, che ha modificato parzialmente la l. 21/1992, introducendo nuovi vincoli all'attività di NCC.

In particolare, ad avviso dell'Autorità i vincoli relativi alle modalità di ricevimento di una prenotazione, quelli territoriali e quelli organizzativi risultano particolarmente anacronistici in un contesto in cui si sta rapidamente diffondendo l'uso di *app* che consentono un'immediata intermediazione fra domanda e offerta, e il cui utilizzo, paradossalmente, è adesso previsto dalla legge in questione, almeno per alcune attività (come il ricevimento delle prenotazioni). In altre parole, i vincoli tradizionalmente imposti alle imprese che forniscono servizi di NCC, e quelli introdotti o confermati anche dalle più recenti modifiche apportate alla l. 21/1992, impediscono al settore di beneficiare delle efficienze connesse all'uso dei servizi tecnologici e delle piattaforme digitali; tali inefficienze portano a una mancata riduzione dei prezzi dei servizi offerti, con un danno per i consumatori stimabile in circa 115 milioni di euro l'anno.

L'Autorità, pertanto, ha recentemente auspicato – anche alla luce del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri che dovrà essere emanato ai sensi del citato "Decreto Semplificazioni" – che il legislatore avvii una profonda riforma di tutto il comparto dei servizi di trasporto non di linea, che abbia come punti cardine l'equiparazione tra servizi offerti dai taxi e le altre forme di mobilità non di linea e l'ingresso nel settore di nuovi servizi a forte contenuto tecnologico che agevolino l'incontro fra domanda e offerta. Per favorire questo processo, di liberalizzazione, l'Autorità ha anche suggerito la previsione di misure compensative per gli operatori, quali ad esempio i tassisti, che, essendo gravati da obblighi di servizio pubblico, possono essere maggiormente sfavoriti dall'ingresso di nuovi *player* (AS1620).

Attività di tutela e promozione della concorrenza

**Pareri ai sensi del TUSPP**

Le amministrazioni pubbliche sono tenute a inviare all'Autorità l'atto deliberativo di costituzione di una società di cui detengano una partecipazione o l'atto di acquisizione di una partecipazione, affinché la stessa Autorità verifichi il rispetto delle disposizioni contenute nel decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, il c.d. TUSPP). Nel caso in cui l'Autorità ravvisi il mancato rispetto di dette disposizioni, può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della l. 287/1990.

Nel corso del 2019, l'Autorità è intervenuta riguardo a due delibere del Consiglio Generale dell'Automobile Club d'Italia (ACI), una del 30 ottobre 2018, recante *Schema tipo di Regolamento di Governance delle società controllate dagli AC provinciali*, e una del 19 dicembre 2018, recante *Regolamento di Governance delle società controllate da ACI*, per segnalare la loro mancata conformità ai principi generali desumibili dal TUSPP e, per ciò stesso, la loro contrarietà alle norme poste a tutela della concorrenza e del mercato. L'Autorità ha rilevato, fra le altre cose, come entrambi i Regolamenti, nel disciplinare l'oggetto sociale delle società controllate, non prevedessero il requisito della *stretta necessità* delle attività svolte dalla società partecipata al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente che la controlla, come invece stabilito dal TUSPP. L'Autorità ha riscontrato anche la mancata rispondenza alle prescrizioni del TUSPP sugli oneri motivazionali cui devono sottostare le delibere relative alla costituzione di una partecipazione pubblica, nonché alle indicazioni relative all'obbligo di separazione contabile per quelle società che svolgono attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi, insieme con altre attività in regime di libero mercato. ACI si è adeguata a quanto indicato nel parere dell'Autorità che, pertanto, ha disposto l'archiviazione del procedimento (AS1614).

Nel novembre 2019 l'Autorità ha nuovamente esercitato i propri poteri ai sensi dell'articolo 21-bis della l. 287/1990 nei confronti di ACI, relativamente alle deliberazioni del Consiglio Generale del 24 luglio 2019 aventi a oggetto il riassetto della società Ventura S.p.A.. Nello specifico,

l'Autorità ha ritenuto che la comunicata riorganizzazione societaria - e, in particolare, l'acquisto della totalità delle azioni di una società attiva nella vendita di servizi turistici (ivi compresa l'attività di gestione di agenzie di viaggio e organizzazione di viaggi anche per scopi privati) - fosse in contrasto con l'articolo 4, commi 1 e 2, e l'articolo 5, comma 1, del TUSPP, contravvenendo al principio della stretta necessità rispetto al perseguimento delle finalità istituzionali dell'Ente. Preso atto del mancato adeguamento di ACI al parere motivato, l'Autorità ha disposto l'impugnazione davanti al giudice amministrativo competente (AS1645).

Sempre nel corso del 2019, l'Autorità ha avuto l'occasione di sottolineare al legislatore statale le criticità concorrenziali contenute nel disegno di legge A.S. 1110 recante "*Modifica all'articolo 4 del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, concernente le partecipazioni in società operanti nel settore lattiero-caseario*", nella parte in cui introduce una modifica all'art. 4 del TUSPP al fine di escludere dall'applicazione delle disposizioni ivi contenute le partecipazioni in società attive nel settore lattiero-caseario. Nel suo intervento, l'Autorità ha precisato che una tale previsione risulta ingiustificata e sproporzionata, atteso che il settore lattiero-caseario è un ambito estraneo al perseguimento delle finalità istituzionali proprie degli enti pubblici e dovrebbe, pertanto, continuare a essere presidiato dalle regole di mercato e della concorrenza (AS1609).

Pareri rilasciati all'AGCOM

Nel caso in cui l'AGCOM esamini il livello concorrenziale dei mercati di TLC, allo scopo di valutare l'opportunità di imporre, mantenere, modificare o revocare obblighi regolatori a carico delle imprese che vi operano, deve richiedere un parere all'Autorità, ai sensi dell'art. 19, comma 1, del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 (*Codice delle comunicazioni elettroniche*).

Nel corso del 2019, in particolare, l'Autorità ha rilasciato un parere all'AGCOM relativo al mercato dei servizi di accesso alla rete fissa, valutando vari aspetti, tra cui

Relazione annuale sull'attività svolta | 31 marzo 2020

il progetto di separazione volontaria della rete fissa di accesso di TIM, rilevando come tale progetto non abbia un impatto significativo nella individuazione dei mercati rilevanti e sul livello di rilevante potere di mercato detenuto da TIM stessa, che comunque deterrà il controllo totalitario della società a cui verrà attribuita la rete. Per tali motivi, l'Autorità ha ritenuto che, a seguito di tale separazione, non sussistano i presupposti per ipotizzare alcuna revoca delle misure regolamentari, in

particolare per ciò che concerne gli obblighi di controllo dei prezzi e di non discriminazione.

Altri profili oggetto di intervento hanno riguardato la corretta definizione del mercato rilevante, la possibilità di differenziare geograficamente i rimedi regolamentari, l'individuazione di obblighi di controllo dei prezzi in tutte le aree del Paese e l'opportunità di chiudere alcune delle centrali locali di TIM ([AS1615](#)).

Attività di tutela e promozione della concorrenza



4.

Sviluppi giurisprudenziali in materia di tutela della concorrenza

FOCUS Intesa unica e complessa

Secondo l'orientamento europeo, un modello di collusione ripetuto da imprese diverse, per un certo periodo di tempo, ben può essere considerato manifestazione di un unico illecito, caratterizzato in parte da accordi e in parte da pratiche concertate (Corte Giust, 8 luglio 1999, causa C-49/92, *Commissione v. Anic Partecipazioni S.p.A.*).

Dal punto di vista probatorio, l'intesa unica e complessa *“postula necessariamente una valutazione globale e d'insieme delle evidenze documentali agli atti, senza che necessariamente ognuna di queste debba riguardare tutte le parti coinvolte, in modo che la fenomenologia indagata possa emergere da un rapporto di coerenza narrativa nella descrizione della fattispecie”* (CdS, VI, 14 ottobre 2019, nn. 6974 e 6985, I793), essendo determinante *“la sussistenza di un piano complessivo, dato dalla complementarità delle condotte e dalla generale conoscenza dello stesso e della funzionalizzazione ad un complessivo meccanismo anticoncorrenziale”* (CdS, VI, 14 ottobre 2019, n. 6973, I793). In merito, si è sottolineato che *“la particolarità di tale tipologia di intesa risiede nel peculiare atteggiarsi dell'elemento soggettivo e oggettivo”,* laddove: i) l'elemento soggettivo attiene alla consapevolezza da parte di un'impresa dell'azione delle altre imprese; ii) l'elemento oggettivo *“attiene alla condotta che deve avere rilevanza sul piano causale, contribuendo alla realizzazione dell'illecito”* (CdS, VI, 5 agosto 2019, nn. 5558, 5559, 5560, 5561, 5562, 5563, 5564; 2 settembre 2019, nn. 6022, 6023, 6027, 6030, 6032; 6 settembre 2019, n. 6025; 1° ottobre 2019, n. 6565, tutte relative al caso I783; nonché CdS, VI, 23 settembre 2019, n. 6314, I772).

Sotto il profilo probatorio *“la prova di accordi bilaterali tra [un'impresa] e le altre società indicate assume valenza sufficiente (...) a dimostrare l'esistenza dell'intesa unica in quanto si tratta di tasselli che si inseriscono in un quadro complessivo indiziario idoneo a provare l'intesa stessa”* mentre *“non è necessario (...) che ci sia della partecipazione dell'appellante ad ogni singolo episodio contestato dall'Autorità”* (CdS, VI, 5 agosto 2019, nn. 5559, 5560, 5561, 5564; 2 settembre 2019, nn. 6022, 6023, 6027, 6030; 6 settembre 2019, n. 6025; 1° ottobre 2019, n. 6565, relative al caso I783) ed *“è applicabile il principio secondo il quale la continuità dell'infrazione non può essere esclusa per il solo fatto che la partecipazione soffra di uno sviluppo diacronico - nel caso di intese aventi prolungata articolazione temporale - isolato, ovvero parcellizzato nel corso di individuati o circoscritti periodi. (...) una volta acquisita la prova diretta (...) della partecipazione consapevole dell'impresa ad almeno uno degli episodi di aumento concordato (...), diventa estremamente implausibile sostenere che tale partecipazione consapevole non vi fosse per gli episodi analoghi”* (CdS, VI, 14 ottobre 2019, n. 6973, I793).

Relazione annuale sull'attività svolta | 31 marzo 2020

4.1 Profili sostanziali

Disciplina antitrust e normative settoriali

Il giudice amministrativo ha ribadito il principio secondo cui “il carattere abusivo di un comportamento alla luce dell’art. 102 TFUE non ha relazione con la sua conformità ad altre normative, giacché gli abusi di posizione dominante consistono, per lo più, proprio in comportamenti leciti alla luce di altri settori dell’ordinamento, diversi dal diritto della concorrenza (Corte di giustizia CE, 6 dicembre 2012, C-457/10, Astrazeneca, Consiglio di Stato, VI, 15 maggio 2015, n. 2479 e 12 febbraio 2014, n. 693). Ne consegue che, pur in presenza di comportamenti leciti alla luce di singole normative settoriali, l’interprete potrà ravvisare la sussistenza dell’illecito anticoncorrenziale laddove la combinazione degli stessi sia espressiva di un intento escludente, da accertare indiziariamente come un ‘quid pluris’ che si aggiunge alla sommatoria di comportamenti altrimenti leciti” (Tar Lazio, I, 17 ottobre 2019, nn. 11954, 11957, A511; Tar Lazio, 17 ottobre 2019, n. 11960, A513). È stato anche aggiunto che lo strumento della “copertura normativa” dei comportamenti anticoncorrenziali delle imprese è “da intendersi, tra l’altro, in senso restrittivo, potendo essere ammessa solo in presenza di condotte specificamente imposte che rappresentino puntuale attuazione di disposizioni normative inequivocabili” (CdS, 19 marzo 2019, n. 1974, I753; CdS, 19 marzo 2019, n. 1797, I747).

Disciplina antitrust e diritti speciali

È stata confermata “l’applicabilità dell’art. 102 anche in presenza dell’esercizio di diritti speciali o esclusivi affidati per legge”. Infatti, la deroga all’applicazione della normativa sulla concorrenza (artt. 8 l. 287/90 e 106 TFUE) è “ravvisabile soltanto per quei comportamenti che appaiano strettamente connessi all’adempimento degli specifici compiti affidati all’impresa e, nel caso di specie, non risulta provato [dall’impresa] – né nel procedimento né nella presente sede – che l’interesse generale richiamato sarebbe pregiudicato con l’astensione dalle condotte contestate. Le regole “antitrust”, pertanto, devono trovare applicazione sempre, tranne – secondo la stretta interpretazione propria delle norme derogatorie – quando

tale applicazione impedisca la cura dell’interesse generale secondo quanto affidato ‘ex lege’ come finalità istituzionale” (Tar Lazio, I, 26 settembre 2019, n. 11330, A508).

Nozione di impresa

Il giudice amministrativo ha ribadito la nozione consolidata di impresa in senso antitrust, che “si riferisce a tutti i soggetti che svolgono un’attività economica e, quindi, siano ‘attivi’ in uno specifico mercato; per questo sono ormai considerate ‘imprese’, ai fini specifici della tutela della libera concorrenza, anche gli esercenti le professioni intellettuali che offrono sul mercato, dietro corrispettivo, prestazioni suscettibili di valutazione economica” (Tar Lazio, I, 26 settembre 2019, n. 11330, A508). Pertanto, anche i notai costituiscono imprese in senso antitrust, in quanto “esercitano la loro professione ‘in condizioni di concorrenza’, e la circostanza che le attività notarili perseguano obiettivi di interesse generale, miranti in particolare a garantire la legalità e la certezza del diritto degli atti conclusi tra privati, non è sufficiente a far considerare quelle attività come una forma di partecipazione diretta e specifica all’esercizio dei pubblici poteri”; di conseguenza, “i Consigli notarili, in quanto enti rappresentativi di imprese che offrono sul mercato in modo indipendente e stabile i propri servizi professionali, costituiscono associazioni di imprese ai sensi dell’art. 2, comma 1, della legge n. 287 del 1990” (CdS, VI, 19 marzo 2019, n. 1797, I747 e CdS, VI, 26 marzo 2019, n. 2005, I749; CdS, VI, 19 marzo 2019, n. 1794, I753). Sotto diverso profilo, la nozione di impresa antitrust si basa su quella di entità “economica unitaria”, per cui “è necessario che la società capogruppo controlli le altre società e sia in grado di esercitare un’influenza dominante”, nel rispetto dei “principi della personalità della responsabilità” (CdS, VI, 5 agosto 2019, nn. 5558, 5559, 5560, 5561, 5562, I783). Pertanto, è stato sottolineato che “secondo una costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, il principio della responsabilità personale non osta all’imputazione ad un soggetto del comportamento illecito tenuto da un soggetto

Attività di tutela e promozione della concorrenza



diverso. Va in particolare richiamato l'orientamento secondo cui «il comportamento di una controllata può essere imputato alla società controllante in particolare qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante» (...). Ciò si verifica perché, in tale situazione, la società controllante e la propria controllata fanno parte di una stessa unità economica e, pertanto, formano una sola impresa (...). A tale riguardo, nella particolare ipotesi in cui una società controllante detenga la totalità o la quasi totalità del capitale della sua controllata che ha commesso un'infrazione alle norme in materia di concorrenza dell'Unione, sussiste una presunzione relativa secondo cui tale società controllante esercita effettivamente un'influenza determinante nei confronti della sua controllata" (CdS, VI, 15 luglio 2019, n. 4990, I760).

Mercato rilevante – Definizione

Il giudice amministrativo ha ribadito la consolidata giurisprudenza secondo cui la definizione del mercato "è necessaria per individuare l'ambito nel quale le imprese interessate sono in concorrenza tra loro e dunque il contesto economico e giuridico nel quale l'intesa può restringere o

falsare il meccanismo concorrenziale, consentendo di verificare il grado di offensività dell'intesa stessa" (CdS, VI, 5 agosto 2019, n. 5561; 2 settembre 2019, nn. 6022, 6023, 6027, 6030; 6 settembre 2019, n. 6025; 1° ottobre 2019, n. 6565, tutte rese nel caso I783; nonché CdS, VI, 23 settembre 2019, n. 6314, I772; CdS, VI, 29 novembre 2019, n. 8191, I793). Se dal punto di vista merceologico, il mercato "comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati", dal punto di vista geografico esso "comprende l'area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse" (CdS, 2 settembre 2019, nn. 6022, 6023, 6027, 6030; 6 settembre 2019, n. 6025; 1° ottobre 2019, n. 6565, tutte rese nel caso I783). Per il caso delle gare di appalto, è stato ribadito che "l'ammissibilità di una coincidenza tra mercato rilevante e gara non può essere né affermata né negata in termini assoluti, dovendosi indagare in concreto le caratteristiche del mercato oggetto della gara" (CdS, VI, 14 gennaio 2019, nn. 318, 319, 321 e 322, I729).

4.2 Intese

Nozione di accordo e pratica concordata

Si è ribadita la "diversità esistente tra l'accordo e la pratica concordata. Il primo ricorre quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo. La seconda ricorre quando si realizza una forma di coordinamento fra imprese che senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce, in modo consapevole, un'espressa collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza" (CdS, VI, 5 agosto 2019, n. 5561; 2 settembre 2019, nn. 6022, 6023, 6027, 6030; 6 settembre 2019, n. 6025; 1° ottobre 2019, n. 6565, tutte rese nel caso I783; nonché CdS, VI, 19 dicembre 2019, nn. 8584 e 8588, I792; CdS, VI,

23 settembre 2019, n. 6314, I772) atteso che "accordi e pratiche concordate sono forme collusive che condividono la medesima natura e si distinguono solo per la loro intensità e per le forme in cui esse si manifestano (v., ex plurimis, Corte Giust. UE, 5 dicembre 2013, C-449/11P), e possono coesistere anche nell'ambito di una stessa intesa", "l'eventuale qualificazione, da parte dell'Autorità antitrust, di una determinata situazione di fatto come "accordo", anziché come "pratica concordata", non vale a modificare la sostanza dei fatti materiali addebitati alle imprese sanzionate per un'intesa restrittiva della concorrenza" (CdS, VI, 13 febbraio 2019, n. 1025, I771; CdS, VI, 19 dicembre 2019, nn. 8584 e 8588, I792).

Relazione annuale sull'attività svolta | 31 marzo 2020

Principio di autonomia delle condotte

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, "ogni operatore economico deve determinare autonomamente la propria condotta sul mercato; ciò non esclude che egli abbia il diritto a reagire in maniera razionale al comportamento, constatato o atteso, dei propri concorrenti; gli proibisce però di instaurare con i concorrenti stessi ogni contatto, diretto o indiretto, volto a influenzare il reciproco comportamento sul mercato o mettersi reciprocamente al corrente dei comportamenti che si intendono porre in atto. Se tali contatti fossero ammessi, infatti, si sostituirebbe 'all'alea della concorrenza il vantaggio della concertazione' ed il consumatore sarebbe privato sistematicamente dei benefici che gli derivano dalla tendenza fisiologica di ogni impresa concorrente a conquistarsi fette di mercato offrendo condizioni più favorevoli rispetto ad altre imprese" (CdS, VI, 19 dicembre 2019, nn. 8585 e 8591, I792; CdS, VI, 13 febbraio 2019, n. 1025, nonché 13 febbraio 2019, n. 1025, entrambe relative a I771; CdS, VI, 21 marzo 2019, nn. 1900, 1551, 1160, 1883, I793).

Prova dell'intesa

Con riguardo alla prova dell'intesa, si è rilevato come "in materia di illecito antitrust, il reperimento della prova c.d. piena (quali testo dell'intesa, documentazione inequivoca, confessione dei protagonisti) è ipotesi piuttosto remota. Per questo motivo è necessario, in un'ottica di maggiore tutela della concorrenza e del mercato, fare ricorso alla prova logica o indiziaria per dimostrare un illecito. Non può, infatti, trascurarsi come usualmente le attività derivanti da pratiche ed accordi anticoncorrenziali si svolgano in modo clandestino e che la documentazione relativa sia ridotta al minimo, sicché, anche qualora l'Autorità scopra documenti attestanti in modo esplicito un contatto illegittimo tra operatori, essi saranno di regola solo frammentari e sporadici, di modo che si rivela spesso necessario ricostruire taluni dettagli per via meramente deduttiva"; inoltre, "tenuto conto della notorietà del divieto di partecipare ad accordi anticoncorrenziali, (...), non si può pretendere che l'Autorità produca documenti che attestino in modo esplicito un accordo tra gli operatori interessati, dovendo gli elementi frammentari e sporadici di cui l'Autorità potrebbe disporre, in ogni caso poter essere completati con deduzioni che permettano di ricostruire taluni dettagli, con

la conseguenza che l'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale può essere dedotta da un certo numero di coincidenze e di indizi che, considerati nel loro insieme, possono rappresentare, in mancanza di un'altra spiegazione coerente, la prova di una violazione delle regole sulla concorrenza" (CdS, VI, 31 luglio 2019, n. 5401, I785). Pertanto, "la giurisprudenza, consapevole della rarità dell'acquisizione di una prova piena, ritiene che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, possa anche essere indiziaria, purché gli indizi siano gravi, precisi e concordanti" (CdS, VI, 5 agosto 2019, n. 5560; 2 settembre 2019, nn. 6022, 6023, 6027, 6032; 6 settembre 2019, n. 6025; 1° ottobre 2019, n. 6565, tutte rese nel caso I783; in senso analogo, CdS, VI, 19 dicembre 2019, nn. 8584, 8585 e 8588, I792, nonché CdS, VI, 29 novembre 2019, n. 8191, I793 e CdS, VI, 23 settembre 2019, n. 6314, I772; CdS, 15 luglio 2019, n. 4990, I760). Si è, tuttavia, rilevato che "non occorre che ogni singola prova dedotta dall'istituzione risponda necessariamente a tali criteri con riguardo ad ogni singolo elemento dell'infrazione; è sufficiente che il complesso di indizi addotti dall'istituzione, complessivamente valutato, risponda a tale esigenza" (CdS, VI, 14 ottobre 2019, n. 6985, I793). Inoltre, il giudice ha rammentato "il principio in base al quale le singole condotte delle imprese vanno valutate tenendo conto del quadro complessivo e non in modo atomistico", e che "l'esame dei riscontri gravanti in capo alla singola impresa se, da un lato, è l'elemento che collega ogni azienda al tessuto collusivo e quindi deve dar vita ad una 'probatio' soddisfacente, dall'altro non può essere ridotto ad una parcellizzazione degli elementi già riconnessi tra loro in sede di affermazione dell'intesa collusiva" (CdS, VI, 14 ottobre 2019, n. 6985, I793; CdS, VI, 31 luglio 2019, n. 5401, I785; CdS, VI, 13 febbraio 2019, n. 1025, I771; in senso analogo, CdS, VI, 5 agosto 2019, n. 5563, I783; Tar Lazio, I, 4 giugno 2019, n. 7177, I812).

Prova della pratica concordata

È stata confermata la distinzione "tra elementi di prova endogeni ed esogeni. I primi sono afferenti all'anomalia della condotta delle imprese, non spiegabile secondo un fisiologico rapporto tra di loro, con onere della prova in capo all'Autorità. I secondi sono afferenti all'esistenza di contatti

Attività di tutela e promozione della concorrenza



sistematici tra le imprese e scambi di informazioni, con onere in capo all'impresa che dovranno fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte" (CdS, IV, 19 dicembre 2019, n. 8581 e 8599, I793; CdS, VI, 5 agosto 2019, nn. 5558, 5559, 5560, 5561, 5562, 5563, 5564; 2 settembre 2019, nn. 6022, 6023, 6027, 6030, 6032; 6 settembre 2019, n. 6025; 1° ottobre 2019, n. 6565, tutte relative a I783; nonché CdS, VI, 23 settembre 2019, n. 6314, I772). Riguardo all'onere della prova, il giudice amministrativo ha osservato che "di norma la prova dell'elemento endogeno, ovvero dell'irrazionalità della condotta incombe sull'Autorità; se però nel caso in esame emergono elementi di riscontro di tipo esogeno l'onere probatorio contrario viene spostato in capo all'impresa. L'affermazione però non va intesa in modo meccanico, ovvero nel senso che fra le modalità di valutazione dei due elementi citati vi sia una rigida distinzione. (...) Si deve allora concludere che la valutazione degli elementi endogeno ed esogeno va fatta congiuntamente: in presenza di un elemento endogeno per così dire sospetto, anche se non assolutamente univoco, sarà l'esame degli eventuali elementi endogeni a far propendere per una delle due ipotesi possibili, ovvero a far concludere per la sussistenza o insussistenza di un'intesa vietata" (CdS, IV, 19 dicembre 2019, n. 8581 e 8599, I793).

Prova dell'intesa e dissociazione

Con riguardo al grado di partecipazione all'intesa, si è ritenuto "superfluo valutare se il singolo partecipante all'intesa abbia avuto all'interno della stessa un ruolo maggiore o minore, attivo o addirittura meramente passivo, in quanto l'intesa risulta contestabile anche nei confronti di chi si limiti a trarne vantaggio assumendo un ruolo meramente passivo, dovendosi riconoscere l'esonero della responsabilità solo in caso di dissociazione espressa dall'intesa" (CdS, VI, 19 dicembre 2019, n. 8585, I792 e 31 luglio 2019, n. 5401, I785). Dal punto di vista temporale, ciò comporta che per "un'infrazione estesa su più anni, la circostanza che non sia stata fornita la prova diretta della partecipazione di una società a tale infrazione durante un periodo di tempo determinato non impedisce l'accertamento di detta partecipazione durante tale periodo, purché tale accertamento si fondi su indizi obiettivi e concordanti, e

l'assenza di dissociazione pubblica di tale società può essere presa in considerazione al riguardo" (CdS, VI, 14 ottobre 2019, n. 6985, I793).

Intesa per oggetto e per effetto

Il giudice amministrativo ha ribadito che "occorre distinguere le 'intese per oggetto' e le 'intese per effetto'. Le prime si caratterizzano per il fatto che hanno un oggetto di per sé vietato e, quindi, sono, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, con la conseguenza che è inutile dimostrare in concreto la sussistenza di effetti dannosi sul mercato. Le seconde, invece, ricorrono quando non sussistono i presupposti per configurare la sussistenza di una intesa per "oggetto", con la conseguenza che, in tale caso, è necessario verificare in concreto quali siano gli effetti che causano nel mercato. Ne deriva, quindi, che in questo secondo caso devono sussistere tutti gli elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo significativo" (CdS, VI, 5 agosto 2019, n. 5558, 5559, 5560, 5561, 5562, 5563, 5564; 2 settembre 2019, nn. 6022, 6023, 6027, 6030; 6 settembre 2019, n. 6025; 1° ottobre 2019, n. 6565, tutte rese nel caso I783; nonché CdS, VI, 23 settembre 2019, n. 6314, I772; Tar Lazio 4 giugno 2019, n. 7177, I812).

Laddove sussista un duplice profilo di illiceità dell'intesa (per l'oggetto e per gli effetti), "uno solo di questi due profili è ritenuto sufficiente per qualificare l'intesa come illecita, e quindi a legittimare l'irrogazione di una sanzione" (CdS, VI, 29 novembre 2019, n. 8191 e 21 marzo 2019, nn. 1900, 1551, 1160, 1883, tutte relative a I793; CdS, VI, 6 settembre 2019, n. 6025, I783), con la conseguenza che "per un verso, la prova dell'effetto concreto è sufficiente ai fini dell'accertamento della violazione del divieto e, per altro verso, il divieto può applicarsi anche in caso di effetto anticoncorrenziale solo potenziale" (CdS, VI, 13 febbraio 2019, n. 1025, I771). Per quanto riguarda la qualificazione delle restrizioni "per oggetto", il giudice amministrativo ha fatto rinvio alla sentenza della Corte di Giustizia (causa C/67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires c. Commission*), secondo cui occorre considerare un "grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l'esame

Relazione annuale sull'attività svolta | 31 marzo 2020

dei loro effetti non sia necessario”, avendo riguardo “al tenore delle disposizioni dell’intesa stessa, agli obiettivi che si intendono raggiungere, al contesto economico e giuridico nel quale l’intesa stessa si colloca. Nella valutazione di tale contesto, occorre prendere in considerazione anche la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione” (CdS, VI, 14 ottobre 2019, n. 6985, I793; CdS, VI, 23 settembre 2019, n. 6314, I772; CdS, IV, 23 dicembre 2019, n. 8695, I761; Tar Lazio 4 giugno 2019, n. 7177, I812). Nell’ambito di tale valutazione, “talune forme di coordinamento tra imprese possono essere considerate per loro stessa natura dannose per il buon funzionamento del mercato (come proprio nel caso di fissazione orizzontale dei prezzi da parte dei cartelli), per cui, sulla base dell’esperienza, la probabilità di effetti negativi è talmente alta che può essere ritenuto inutile ai fini dell’applicazione dell’art. 101 accertare che hanno effetti concreti sul mercato” (CdS, VI, 19 dicembre 2019, n. 8585, I792; CdS, VI, 14 ottobre 2019, n. 6985, I793; CdS, VI, 13 febbraio 2019, n. 1025, I771; Tar Lazio, I, 4 giugno 2019, n. 7177, I812). Tra le intese rientranti in tale tipologia, il giudice ha considerato “il comportamento di due imprese che commercializzano due medicinali concorrenti, avente ad oggetto la diffusione di informazioni ingannevoli sugli effetti collaterali negativi dell’uso di uno di tali medicinali per indicazioni non coperte dall’AIC di quest’ultimo, al fine di ridurre la pressione concorrenziale derivante da tale uso su un altro medicinale coperto da un’AIC per dette indicazioni, [il quale] integra una restrizione della concorrenza ‘per oggetto’, concretandosi in un’illecita ripartizione del mercato” (CdS, VI, 15 luglio 2019, n. 4990, I760).

Intesa e crisi di settore

Confermando un consolidato orientamento giurisprudenziale, si è statuito che “la concertazione perpetrata non può certo trovare giustificazione neppure nel momento di crisi che stava vivendo il settore” in quanto “l’obiettivo di un cartello ben può consistere anche soltanto nell’attenuare in maniera collusiva la riduzione dei prezzi di taluni beni o servizi in un contesto caratterizzato da fattori esogeni quali ad esempio la progressiva crisi di un settore o la riduzione della

domanda” (CdS, VI, 13 febbraio 2019, n. 1025, I771).

Intesa segreta

Il giudice ha ritenuto integrata la segretezza dell’intesa “se non altro perché essa non era certo palesata al pubblico e per averne la prova si è dovuta acquisire corrispondenza delle imprese coinvolte, che di norma è coperta dal segreto epistolare” (CdS, VI, 19 dicembre 2019, n. 8581 e 8599; 14 ottobre 2019, nn. 6973, 6974, 6985, nonché 21 marzo 2019, n. 1900, tutte relative a I793). Analogamente, si è rilevato che “in relazione alla segretezza, il supporto probatorio, fondato su contatti di posta elettronica non conoscibili all’esterno e da matrici organizzative di spartizione dei lotti in sede di gara, evidenzia la carenza di trasparenza e pubblicità dell’accordo stesso” (CdS, VI, 19 dicembre 2019, n. 8585, I792).

Intese di prezzo

Il giudice amministrativo ha confermato che “le indicazioni di associazioni di imprese di tenere un determinato livello di prezzi, anche laddove non vincolanti e costituenti una mera raccomandazione, costituiscono intese restrittive della concorrenza, anche nell’ipotesi in cui richiamino a giustificazione della propria condotta la dignità della professione o la qualità della prestazione” (CdS, VI, 19 dicembre 2019, nn. 8588 e 8591, I792).

Intesa e strumenti civilistici leciti

Per quanto riguarda l’utilizzo di strumenti civilistici leciti, è stato sottolineato che “il fatto che un modello contrattuale sia espressamente tipizzato dal legislatore non lo mette al riparo da censure antitrust laddove emerga che, in un caso concreto, lo stesso sia stato utilizzato per finalità anticoncorrenziali: ciò che rileva a fini antitrust, infatti, non è la legittimità o meno di una specifica condotta, ma la portata anticoncorrenziale di una serie di atti, anche, in tesi, in sé legittimi” (CdS, VI, 19 dicembre 2019, n. 8588, I792). Più specificamente, si è ribadito che “anche l’utilizzo di strumenti civilistici leciti e assolutamente legittimi, quali appunto il subappalto, non esclude il suo concreto utilizzo, avvenuto con finalità anticoncorrenziale e, quindi, per il perseguimento di interessi illeciti” (CdS, VI, 31 luglio 2019, n. 5401, I785).

Attività di tutela e promozione della concorrenza



4.3 Abuso di posizione dominante

Posizione dominante e speciale responsabilità

Premesso che “l'esistenza di una posizione dominante deriva in generale dalla concomitanza di più fattori che, presi isolatamente, non sarebbero stati necessariamente decisivi” (Tar Lazio, I, 17 ottobre 2019, nn. 11954, 11957, A511), essa si configura quale “posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva su un determinato mercato e ha la possibilità di tenere comportamenti in linea di massima indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori” (Corte di Giustizia, 14 febbraio 1978, C - 27/76 United Brands). (...) “La norma [Ndr: art. 102 TFUE] delinea una fattispecie ‘aperta’ con la conseguenza che, per aversi posizione dominante, non è necessario che un'impresa si trovi in una posizione di monopolio o di quasi monopolio su un dato mercato, atteso che ciò che rileva è la possibilità per l'impresa di essere in grado (se non di decidere, quantomeno) di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza (Corte di giustizia CE 14 febbraio 1978, c-27/76, e 13 febbraio 1979, C-85/76, Hoffmann/La Roche)” (Tar Lazio, I, 17 ottobre 2019, nn. 11954, 11957, A511).

Inoltre, è stato ribadito il principio secondo cui “la ‘dominanza’ genera nell'impresa una ‘speciale responsabilità’ di non compromettere, con il suo comportamento, lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata in mercati in cui, proprio per il fatto che vi opera un'impresa dominante, il grado di concorrenza è già ridotto (Corte di giustizia CE, 14 novembre 1996, n. 333/94)” (Tar Lazio, I, 17 ottobre 2019, nn. 11954, 11957, A511, nonché 17 ottobre 2019, n. 11960, A513). Attesa detta “speciale responsabilità”, “si pone come irrilevante l'elemento psicologico del dolo o della colpa, potendosi realizzare la fattispecie dello sfruttamento abusivo della posizione dominante anche in mancanza dell'elemento volitivo (v. anche: 6.12.12, in C-457/10, 19.4.12, in c-549/10, 17.2.11, in C-52/09, 11.12.08, in C-52/07)” (Tar Lazio, I, 26 settembre 2019, n. 11330, A508).

Abuso - Fattispecie

L'art. 102 TFUE “al pari dell'art. 3 L. 287/90, vieta l'abuso di posizione dominante, ma non fornisce una definizione dello stesso, rimettendo, in tal modo, all'interprete la specificazione dei concetti generali presenti nella disposizione nonché l'individuazione delle fattispecie delle condotte meritevoli di sanzione, stante la non esaustività dell'elencazione dei comportamenti ivi descritti” (Tar Lazio, I, 17 ottobre 2019, nn. 11954 e 11957, A511).

Pertanto, l'applicazione dell'art. 102 del Trattato “implica un'attività di contestualizzazione, frutto di una valutazione complessa, che rapporta fattispecie giuridiche che, per il loro riferimento alla varia e mutevole realtà economica, sono di loro necessariamente indeterminate, come quelle di mercato rilevante e di abuso di posizione dominante, al caso specifico” (Tar Lazio, 17 ottobre 2019, nn. 11954 e 11957, A511 e 17 ottobre 2019, n. 11960, A513). Poiché, infatti, “l'esistenza di una posizione dominante (...) non è di per sé incompatibile con le norme in materia di concorrenza, atteso che è possibile che l'impresa competa lecitamente sul mercato con gli altri concorrenti (...), il problema è allora quello di individuare una linea di demarcazione tra ‘uso’ e ‘abuso’ della posizione di concorrente dominante, ciò che dovrà avvenire in ragione del principio generale di proporzionalità, indagando, in concreto, il potere economico dell'impresa e comparando lo stesso alle distorsioni della concorrenza che la condotta di quell'impresa in quello specifico ambito è in grado di generare” (così sempre Tar Lazio, I, 17 ottobre 2019, nn. 11954 e 11957, A511 e 17 ottobre 2019, n. 11960, A513).

Oggetto ed effetti dell'abuso

È stato confermato il consolidato principio secondo cui “ai fini dell'art. 102 TFUE, la prova dell'oggetto e quella dell'effetto anticoncorrenziale si confondono tra loro: se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un'impresa dominante è di restringere la concorrenza, un tale comportamento è di per sé pregiudizievole, in quanto può anche comportare tale effetto (sentenza del Tribunale Ue, del 29 marzo 2012, causa T336/07, Telefonica; sentenza

Relazione annuale sull'attività svolta | 31 marzo 2020

del Tribunale Ue, del 30 settembre 2003, causa T203/01 Michelin). L'illecito, in sostanza, si perfeziona con la condotta anticoncorrenziale, di per sé idonea a turbare il funzionamento corretto e la libertà stessa del mercato, nella misura in cui la stessa sia astrattamente idonea a produrre effetti anticoncorrenziali. Non vi è quindi bisogno di una prova ulteriore, oltre quella già raggiunta” (CdS, VI, 31 luglio 2019, n. 5401, I785; conformemente Tar Lazio, I, 17 ottobre 2019, nn. 11954 e 11957, A511; Tar Lazio, I, 17 ottobre 2019, n. 11960, A513; nonché Tar Lazio, I, 26 settembre 2019, n. 11330, A508). Tutt'al più, “(...) la scarsa rilevanza degli effetti può essere valorizzata (...) ai fini della valutazione della gravità della condotta” (Tar Lazio, I, 17 ottobre 2019, n. 11954, A511).

Abuso escludente

La declinazione del principio dell'“illecito di pericolo” nel caso di abuso escludente comporta che “si può ravvisare la sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale laddove la combinazione degli elementi raccolti sia espressiva di un intento escludente, da accertare indiziariamente come un 'quid pluris' che si aggiunge alla

sommatoria di comportamenti altrimenti leciti, e ciò a prescindere dal concreto verificarsi degli effetti” (Tar Lazio, Sez. I, 17 ottobre 2019, n. 11954, A511).

Abuso per estensione

Secondo il giudice amministrativo “se è vero che l'applicazione dell'art. 102 TFUE presuppone l'esistenza di un nesso tra la posizione dominante e il comportamento che si asserisce abusivo, nesso che di norma non sussiste quando un comportamento posto in essere in un mercato distinto dal mercato soggetto a dominio produce conseguenze su questo stesso mercato, è pur vero che trattandosi di mercati distinti, ma collegati, talune circostanze particolari possono giustificare l'applicazione dell'art. 102 TFUE ad un comportamento accertato sul mercato collegato, non soggetto a dominio, e produttivo di effetti su questo stesso mercato (...) Tali comportamenti sono infatti idonei, in particolare a causa degli stretti nessi che legano i due mercati rilevanti, a produrre l'effetto di affievolire la concorrenza sul mercato a valle” (Tar Lazio, I, 26 settembre 2019, n. 11330, A508 - SIAE/Servizi intermediazione diritti d'autore).

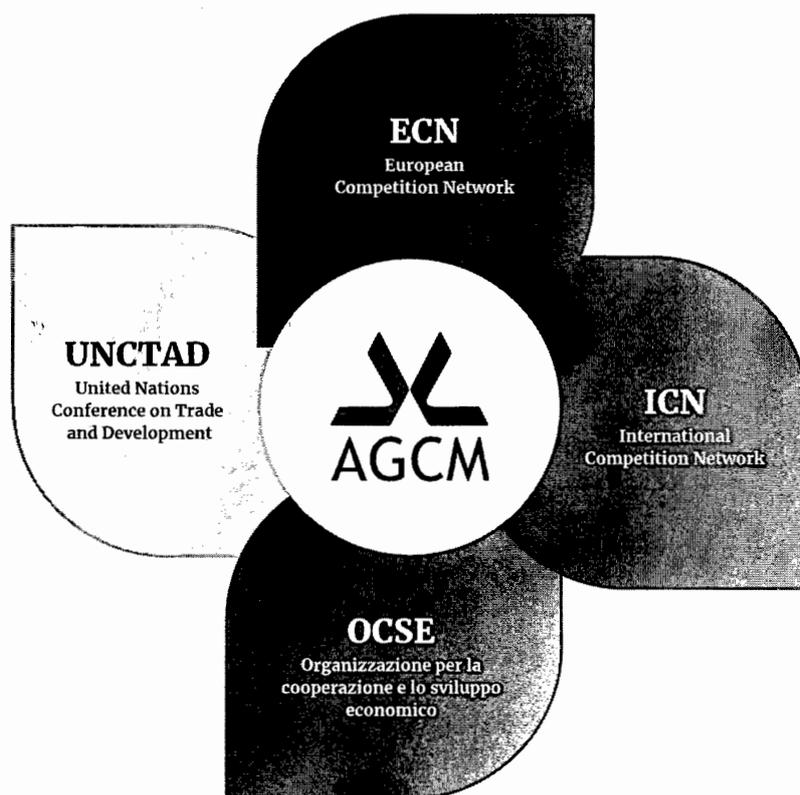
Attività di tutela e promozione della concorrenza



5. Attività internazionale in materia di concorrenza

L'Autorità svolge un ruolo di primo piano nelle diverse sedi e organismi internazionali cui partecipa: la Rete europea della concorrenza (ECN), la Rete internazionale della

concorrenza (ICN), la Conferenza delle Nazioni Unite per il commercio e lo sviluppo (UNCTAD) e l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE).



L'attività internazionale nel 2019 si distingue per le importanti iniziative volte a definire una cornice comune con riferimento a diversi aspetti dell'applicazione del diritto della concorrenza, tra cui le garanzie procedurali, la cooperazione internazionale, e l'impatto del digitale sulle *policy* di concorrenza.

Attività nell'ambito dell'ECN

L'ECN riunisce la Commissione europea e le Autorità nazionali competenti ad applicare la normativa comunitaria in materia di concorrenza e costituisce un *forum* privilegiato per la discussione degli indirizzi interpretativi, la circolazione dei modelli applicativi e

Relazione annuale sull'attività svolta | 31 marzo 2020

lo scambio di informazioni tra le Autorità partecipanti. Obiettivo della Rete, istituita dal Regolamento (CE) n. 1/2003, è assicurare un elevato livello di coerenza degli esiti applicativi della normativa comunitaria, pur temperato dalla necessaria considerazione delle eventuali specificità dei mercati nazionali. Iniziative di *enforcement* disarmoniche, infatti, potrebbero comportare la segmentazione del mercato unico lungo le frontiere nazionali, nonché incentivare risposte strategiche da parte delle imprese interessate. Anche nel corso del 2019, si sono registrate numerose attività di collaborazione e cooperazione tra i membri ECN direttamente finalizzate all'applicazione della normativa comunitaria. L'Autorità ha richiesto assistenza investigativa ai sensi dell'articolo 22(1) del Reg. n. 1/2003 a due Autorità di concorrenza della Rete per l'esecuzione di accertamenti ispettivi. A sua volta, l'Autorità italiana ha prestato assistenza, rivolgendo una richiesta di informazioni alle imprese interessate per conto dell'Autorità richiedente.

Al di là delle richieste di assistenza investigativa, che sono generalmente più rare, le Autorità della Rete provvedono più frequentemente a scambiarsi informazioni contenute nei loro fascicoli istruttori tramite richiesta formale ex art. 12 del Reg. 1/2003.

La Rete rappresenta anche un mezzo informale per lo scambio di esperienze e di informazioni non confidenziali, divenendo nel tempo sempre più 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, l'Autorità ha preso parte ai gruppi settoriali 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 *Intese Verticali* e il Gruppo *attività informatiche forensi*. Nell'ambito del gruppo di lavoro sulle intese verticali

si è svolta la discussione con le altre Autorità nazionali di concorrenza e la Commissione europea in merito alla revisione del Regolamento UE n. 330/2010, assumendo una *Posizione comune* basata su prassi applicative e principali criticità riscontrate. L'Autorità italiana ha contribuito attivamente alla discussione sulle possibili direzioni di modifica del Regolamento e continua a seguire il processo di revisione.

Un importante sviluppo all'interno della Rete è la creazione nel 2019 del Gruppo *Investigazioni Digitali e Intelligenza Artificiale*, che conferma la tendenza delle Autorità di concorrenza ad affiancare ai giuristi e agli economisti figure professionali come i *data scientist*, in grado di comprendere la relazione tra algoritmi, *big data*, intelligenza artificiale e ruolo dell'individuo nella formazione di intese anticoncorrenziali. L'Autorità ha preso parte al primo incontro del gruppo di lavoro.

Attività nell'ambito dell'ICN

L'ICN comprende più di 140 membri, appartenenti alle diverse nazioni del mondo, e 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 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. In particolare, nel corso del 2019, ha proseguito nel ruolo di coordinamento del Gruppo di Lavoro 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. Insieme alla Commissione europea, l'Autorità italiana coordina il progetto sulla valutazione del potere di mercato nell'economia digitale. In occasione della riunione plenaria 2019, svoltasi a Cartagena (Colombia), l'ICN ha promosso – sotto la spinta delle Autorità europee e della DG Concorrenza –