

Attività di tutela e promozione della concorrenza



curatore, commissario giudiziale o liquidatore; l'Autorità ha, infatti, ritenuto anticoncorrenziale l'obbligatorietà dell'iscrizione negli albi professionali anche del legale rappresentante della società o di tutti i componenti dello studio professionale associato, ritenendo tale previsione restrittiva e idonea a discriminare fra le società di professionisti sulla base del modello organizzativo adottato (AS1679).

Allo stesso modo, l'Autorità ha evidenziato gli effetti anticoncorrenziali prodotti da alcune disposizioni introdotte dal d.l. 34/2020 (c.d. "Decreto Rilancio"), che prevedono che l'attività di autoproduzione delle operazioni e dei servizi portuali possa essere svolta solo nel caso in cui nel porto interessato non vi siano le necessarie attrezzature o maestranze, riducendo drasticamente la possibilità per i vettori marittimi di procedere all'autoproduzione delle operazioni e dei servizi portuali e relegandola a un'ipotesi meramente residuale. Sul punto, l'Autorità ha rilevato, tra le altre cose, come tale disposizione discrimini i porti italiani – ove non è più possibile svolgere in autoproduzione le attività portuali – dai porti di altri Stati membri, contrastando così con la finalità della normativa di rilancio del settore portuale. I porti italiani, infatti, potrebbero essere penalizzati dalla scelta dei vettori marittimi di non farvi scalo, non potendo ivi svolgere le operazioni portuali in autoproduzione, con conseguente riduzione anche degli introiti dei relativi indotti (AS1708).

Infine, sono stati segnalati gli effetti anticoncorrenziali prodotti da una delibera della Regione Friuli Venezia Giulia che attribuisce il diritto a ricevere alcuni contributi regionali a fondo perduto solo in capo alle strutture ricettizie, agli esercizi commerciali e alle attività di prestazione di servizi alla persona, che abbiano non solo la sede operativa, ma anche la sede legale, sul territorio regionale. L'Autorità ha osservato che la limitazione della concessione del beneficio solo a chi abbia la sede legale nel territorio, penalizza ingiustamente tutte quelle imprese che, pur avendo sede legale fuori regione, operano sul territorio restituendo i frutti del beneficio ricevuto, ribadendo come la presenza di

requisiti territoriali discriminatori costituisca un freno ingiustificato e artificioso allo sviluppo dimensionale delle imprese (AS1715).

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.

Tariffe e prezzi regolati

Il prezzo costituisce uno dei principali strumenti di confronto fra le imprese e, per tale motivo, la sua regolazione deve essere limitata ai casi in cui la tutela di altri principi costituzionalmente rilevanti (come la tutela della salute o dell'ambiente) renda strettamente necessario un intervento regolatorio che ne limiti le oscillazioni. Nel 2020 l'Autorità si è espressa con riguardo allo schema di definizione dei costi indicativi di riferimento dell'autotrasporto per conto terzi, (di cui all'articolo 1, comma 250, della legge 23 dicembre 2014, n. 190 recante *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)*). Nel complesso, l'impostazione metodologica del nuovo schema sottoposto dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti è stata valutata positivamente, in quanto la previsione di quattro grandi categorie di costi riferibili al servizio di autotrasporto non fornisce vincoli di costo prestabiliti con eccessivo dettaglio, ma offre sufficienti spazi per il confronto competitivo tra le imprese di settore nella definizione dei rispettivi prezzi, rispettando la loro autonomia negoziale. L'Autorità ha, inoltre, puntualizzato che i valori di riferimento devono essere definiti in misura sufficientemente ampia sulla base di forcelle che tengano conto di un valore minimo e un valore massimo, individuati a seguito di valutazioni oggettive, compiute anche da un soggetto terzo, purché indipendente e professionalmente idoneo a tale compito (AS1654). Sempre in tema di prezzi, l'Autorità ha adottato nel 2020 una segnalazione avente ad oggetto la portata anticoncorrenziale della normativa che consente agli enti camerali lo svolgimento delle attività di rilevazione di prezzi e tariffe e di raccolta e pubblicazione degli usi locali. Nello specifico, l'Autorità ha ritenuto che la rilevazione

Relazione annuale sull'attività svolta | 31 marzo 2021

di prezzi e tariffe andrebbe consentita solo laddove necessaria e proporzionata al perseguimento di obiettivi di interesse generale ed essere dunque circoscritta a prodotti espressamente individuati. Inoltre, l'attività dovrebbe essere svolta secondo criteri prestabiliti, tali da evitare che la stessa diventi strumento collusivo tra i soggetti partecipanti. A tal fine, secondo l'Autorità, la potestà regolamentare e statutaria delle Camere di Commercio dovrebbe essere limitata nel senso di prevedere che: la periodicità della rilevazione sia specificamente motivata tenendo conto delle peculiarità dei singoli prodotti e secondo una metodologia di tipo storico-statistico; l'attività sia basata su informazioni e dati storici, certi e attendibili, facilmente verificabili da un soggetto terzo, estraneo alla filiera interessata; il servizio di deposito di listini e tariffe non sia più disponibile o comunque non consenta l'accesso a listini e tariffe da parte di soggetti terzi.

Infine, l'Autorità ha ritenuto che l'attività di rilevazione di prezzi e tariffe dovrebbe essere svolta da soggetti terzi e indipendenti (quali esperti del settore e/o magistrati, unitamente ai membri interni delle Camere di Commercio) e non da operatori direttamente interessati alla misura del prezzo oggetto di rilevazione e in grado di distorcere la finalità della stessa. Le Commissioni Prezzi rappresentano, infatti, un importante luogo di incontro e veicolo di informazioni commerciali sensibili per gli operatori del settore e il rischio di coordinamento appare particolarmente elevato in mercati del prodotto ove operano imprese locali (AS1682).

Concorrenza infrastrutturale

Una delle principali linee di intervento dell'Autorità nel corso del 2020 ha riguardato la realizzazione delle infrastrutture di telecomunicazioni, obiettivo ritenuto non più procrastinabile per il sistema Paese alla luce delle esigenze di connettività evidenziate dall'emergenza Covid-19.

Con riferimento alle istanze dei consumatori, l'Autorità ha apprezzato l'intento annunciato di stimolare la domanda pubblica e privata di servizi di telecomunicazione a banda ultralarga. Tuttavia,

nel suo intervento l'Autorità ha evidenziato alcune criticità idonee a pregiudicare l'adozione di servizi a banda ultralarga. Con riferimento alla domanda pubblica, costituita dal piano per la connessione delle scuole, l'Autorità ha posto particolare attenzione alle caratteristiche dei futuri bandi di realizzazione e, in particolar modo, alla proprietà dell'infrastruttura e all'erogazione di servizi accessori, quali la manutenzione, posto che in passato si sono riscontrate diverse criticità relative all'utilizzo di reti private costituite per amministrazioni pubbliche.

Con riferimento alla domanda privata, l'Autorità – nell'accogliere con favore il piano per la cosiddetta “fase I”, ispirato da obiettivi di equità sociale – ha ritenuto al contrario critiche alcune previsioni della “fase II”, il cui obiettivo dichiarato di agevolare lo sviluppo delle reti a banda ultralarga si scontra con la previsione di erogare un beneficio per tutte le connessioni oltre i 30 Mbit/s, così favorendo tecnologie obsolete e non a prova di futuro; ciò risulta in contrasto con la strategia nazionale ed europea per la banda ultralarga, la quale prevede una copertura ad almeno 100 Mbps fino all'85% della popolazione entro il 2020, nonché gli obiettivi 2025 di copertura al 100% di connessioni a più di 100 Mbps potenziabile a velocità Giga (in grado, cioè, di offrire un *downlink* e un *uplink* di almeno 1 Gbps).

Infatti, poiché il costo di erogazione dei servizi a basse velocità – essendo basate su tecnologie in rame già ammortizzate – è più basso rispetto a quello erogato su nuove reti in fibra, un aiuto economico indiscriminato a tutte le connessioni oltre i 30 Mbit/s avrebbe l'effetto di favorire una sola tecnologia (FTTC) e il solo operatore *incumbent*, a discapito di altri soggetti che stanno investendo nel settore. Inoltre, un importante intervento suggerito per stimolare la domanda riguarda l'eliminazione degli effetti di *lock-in* contrattuale che rendono estremamente costosa la migrazione dei clienti per periodi estremamente lunghi, anche superiori a 30-48 mesi, paralizzando i clienti stessi con tecnologie meno recenti.

L'Autorità ha analizzato ulteriori criticità che rallentano la realizzazione delle reti di telecomunicazione,

Attività di tutela e promozione della concorrenza



fornendo alcuni suggerimenti volti a ridurre gli oneri amministrativi previsti per la realizzazione di reti di telecomunicazione, nonché a stimolare gli investimenti e l'erogazione di servizi più performanti mediante l'incentivazione della concorrenza statica (riduzione del *lock-in*) e dinamica (realizzazione di infrastrutture da parte di più operatori) (AS1683).

Le suddette considerazioni in merito al piano *voucher* e alla necessità di incrementare la mobilità dei clienti nelle telecomunicazioni fisse sono state ribadite dall'Autorità in un parere al Ministero dello Sviluppo Economico, in cui si evidenziavano alcune criticità applicative del piano, con riferimento alla scelta di agevolare le connessioni ad almeno 30 Mbit/s, nonché con riferimento agli effetti di *lock-in* e alla fornitura di apparati da parte degli operatori (AS1696).

Nel settore della telefonia mobile, al contrario delle telecomunicazioni di rete fissa, si è osservato un maggior grado di concorrenza infrastrutturale, poiché tutti gli operatori di rete mobile hanno, fino all'attuale generazione di reti, sviluppato infrastrutture proprietarie, portando a una intensiva concorrenza sia in termini di copertura e qualità, che di prezzi.

L'Autorità è intervenuta in questo settore allo scopo di richiedere al legislatore la rimozione di quegli ostacoli che ancora non permettono di garantire un *level playing field* tra operatori di telecomunicazioni, così da incentivare forme di concorrenza dinamica nello sviluppo di plurime reti mobili in concorrenza.

In particolare, l'Autorità ha auspicato una politica di gestione delle frequenze improntata al rispetto dei principi eurounitari e alla creazione di un contesto concorrenziale che favorisca il dispiegamento degli investimenti e il corretto svolgersi del gioco della concorrenza tra operatori. In questa ottica, ad avviso dell'Autorità appare necessario definire un quadro di regole certe e di lungo periodo nella gestione delle risorse frequenziali scarse, al fine di assicurare che gli operatori di telecomunicazione pianifichino e mettano in atto i propri investimenti, soprattutto in un momento cruciale come quello rappresentato dal contesto di emergenza sanitaria (AS1669).

In un altro intervento, l'Autorità ha poi evidenziato numerose criticità relative ai divieti generalizzati posti dalle amministrazioni comunali all'installazione di impianti in tecnologia 5G, benché la regolazione nazionale imponga vincoli alle emissioni frequenziali che sono ampiamente più restrittivi rispetto ad altri Paesi europei e tali da assicurare la non nocività degli impianti conformi a tali limiti (AS1691).

Competenze dell'Autorità

Alcuni interventi hanno avuto ad oggetto normative che intaccavano le competenze dell'Autorità, introducendo deroghe alla legge sulla concorrenza o creando incertezza circa la sua applicazione.

In particolare, l'Autorità è intervenuta in merito all'art. 7 del disegno di legge di delegazione europea 2019 relativo all'attuazione della Direttiva UE 2019/633, in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare, la quale dispone che ogni Stato membro debba designare una o più autorità incaricate di applicare i divieti ivi previsti a livello nazionale (la c.d. "autorità di contrasto").

Nel suo intervento, l'Autorità ha rilevato che il testo dell'art. 7 licenziato dalla Commissione Politiche UE del Senato in sede referente propone la designazione dell'Ispettorato centrale della tutela della qualità e della repressione frodi dei prodotti agroalimentari del MIPAAF (ICQRF) quale autorità nazionale di contrasto, conferendo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) una competenza residuale, relativa "all'accertamento delle violazioni delle disposizioni in materia di pratiche commerciali sleali al di fuori delle previsioni di cui alla direttiva (UE) 2019/633".

Al riguardo, è stato rilevato che la previsione di due distinte autorità di contrasto delle violazioni - tra l'altro non sempre chiaramente identificabili - rischia di creare confusione, con possibili effetti negativi in termini di rapidità ed efficacia degli interventi a favore dei beneficiari degli stessi. L'Autorità ha ricordato, inoltre, che l'art. 62, comma 8, del d.l. 1/2012 ha attribuito i poteri di vigilanza sull'applicazione delle disposizioni in materia di filiere agroalimentari (contenute nello stesso decreto

Relazione annuale sull'attività svolta | 31 marzo 2021

legge) all'AGCM, la quale, a partire dal 2012, è più volte intervenuta in applicazione delle disposizioni in esame. Sulla base della propria esperienza nell'applicazione dell'art. 62 del d.l. 1/2012, l'Autorità ha sottolineato la specificità delle norme che ne regolamentano il funzionamento e la necessità del possesso di composite competenze economico-giuridiche al fine di garantirne una corretta applicazione; ha quindi auspicato che il Legislatore voglia modificare il proprio orientamento designando, alla luce dell'attività sinora svolta e dell'esperienza al riguardo maturata, l'AGCM quale

unica "autorità di contrasto" incaricata dell'applicazione delle norme di cui alla direttiva UE 2019/633 (AS1703). Sempre in tema di competenze, l'Autorità ha segnalato gli effetti anticoncorrenziali connessi alla deroga al controllo antitrust, senza limiti temporali, per le operazioni di concentrazione realizzate nel contesto del sostegno pubblico a banche in liquidazione coatta amministrativa, contenuta nel d.l. 34/2020, (c.d. "Decreto Rilancio"), che risulta priva dei requisiti di proporzionalità e di necessario bilanciamento con i principi posti a fondamento della concorrenza (AS1684).

Attività di tutela e promozione della concorrenza



4.

Sviluppi giurisprudenziali in materia di tutela della concorrenza

FOCUS Reti di intese verticali e restrizione della concorrenza: clausole di esclusiva

Le clausole di non concorrenza pattuite tra i radiotaxi e i tassisti a essi aderenti per “*imped[ire] a questi di acquistare servizi in concorrenza con quelli forniti dal radiotaxi di appartenenza*” sono state ritenute qualificabili come intese verticali “*intercorr[endo] tra imprese operanti ciascuna ad un livello differente della catena di fornitura del servizio*” (CdS, VI, 7 maggio 2020, n. 3501, 3502, 3503, I801B; CdS, 15 dicembre 2020, n. 8061, I801A CdS, 14 dicembre 2020, n. 7991, I801A).

La giurisprudenza ha sottolineato che “*tale tipologia di accordi solleva particolari criticità in materia antitrust, in presenza di reti parallele di accordi verticali simili, posti in essere da fornitori o acquirenti concorrenti, suscettibili di produrre un effetto anticoncorrenziale cumulativo, idoneo ad ostacolare l’ingresso nel mercato di nuovi operatori*” (CdS, VI, 7 maggio 2020, n. 3501, 3502, 3503, I801B; CdS, 15 dicembre 2020, n. 8061, I801A CdS, 14 dicembre 2020, n. 7991, I801A, riferendosi alle reti di esclusive che regolavano i rapporti tra i principali radiotaxi di Roma e Milano e i tassisti che si avvalevano dei loro servizi).

Di fronte a questo tipo di concertazione anticompetitiva, restrittiva negli effetti “*non è necessario riscontrare una comune volontà delle parti di escludere i concorrenti dal mercato, ma soltanto la comune volontà di attuare un definito assetto di interessi nei rispettivi rapporti, accettando di comportarsi sul mercato in un determinato modo. Tale elemento costitutivo risulta configurabile anche qualora, nell’ambito del complessivo assetto di interessi all’uopo convenuto, vi siano alcune clausole sfavorevoli per una parte, unilateralmente predisposte dall’altra*” CdS, VI, 7 maggio 2020, n. 3501, 3502, 3503, I801B).

“*Al fine di valutare l’esistenza di un effetto anticoncorrenziale cumulativo di blocco*” che sia il portato di reti parallele di accordi di esclusiva, “*occorre (...) valutare*” i) “*la natura e l’importanza del complesso delle intese analoghe riscontrabili sul mercato rilevante*”; ii) “*la durata delle intese, influendo in misura meno significativa vincoli a tempo determinato e comunque aventi una durata commisurata a quella media dei contratti analoghi conclusi sul mercato rilevante*”; iii) “*l’esistenza di possibilità reali e concrete per un nuovo concorrente di inserirsi nel mercato tenuto conto*” anche “*del quadro normativo di riferimento*” e delle possibilità “*del recesso contrattuale*”, che potrebbero consentire ai soggetti vincolati di superare l’esclusiva; iv) “*le condizioni in cui si sviluppa il gioco della concorrenza sul mercato di riferimento, tenuto conto del numero e della dimensione dei produttori presenti sul mercato, del grado di saturazione del mercato e della fedeltà dei consumatori agli operatori esistenti*”.

Tra gli elementi da prendere in esame, rientra poi la valutazione della “*misura*” con cui “*i contratti [oggetto di esame] abbiano contribuito all’effetto cumulativo prodotto dal complesso dei contratti analoghi rilevati sul mercato*”.

Relazione annuale sull'attività svolta | 31 marzo 2021

Nello svolgimento dell'analisi indicata, occorre ricordare che *“la portata anticoncorrenziale delle reti parallele di clausole di esclusiva”*, oltre a correlarsi alla durata delle clausole – che sono *“particolarmente pregiudizievoli per il corretto dispiegarsi del gioco concorrenziale”* se *“a tempo indeterminato”* – *“discende dall'efficacia vincolante delle clausole di esclusiva”*. Proprio per questo *“l'efficacia impeditiva delle clausole di esclusiva”* (...) *“emerge, in primo luogo, dalla loro coerenza giuridica”* la quale *“non può ritenersi controbilanciata dalla previsione del diritto di recesso, dovendosi valutare – sotto tale profilo – non soltanto la giuridica possibilità dello scioglimento dal vincolo negoziale, ma anche l'effettiva praticabilità del rimedio sotto un profilo economico. Al riguardo, devono essere valutate le condizioni nelle quali si sviluppa il gioco della concorrenza sul mercato di riferimento, tenuto conto del numero e della dimensione dei produttori presenti sul mercato, del grado di saturazione del mercato e della fedeltà dei consumatori agli operatori esistenti”* (CdS, VI, 7 maggio 2020, n. 3501, 3502, 3503, I801B CdS, 15 dicembre 2020, n. 8061, I801A CdS, VI 14 dicembre 2020, n. 7991, I801A).

Secondo la giurisprudenza *“le clausole di esclusiva”* che precludono ai tassisti di acquistare servizi di intermediazione forniti da piattaforme in concorrenza con quelle di adesione *“non possono neanche giustificarsi alla stregua della disciplina codicistica”* e in particolare alla stregua di quanto previsto dall'art. 2527, comma 2, c.c. Premesso, infatti, che *“le clausole di esclusiva”* considerate *“non sono riprodottrici del divieto di cui all'art. 2527, comma 2 c.c.”* (...) *“anche l'esistenza di una disposizione normativa interna, eventualmente prescrittiva di un divieto per i soci di acquistare servizi forniti da operatori in concorrenza con la cooperativa di appartenenza, dovrebbe essere interpretata in senso compatibile con l'ordinamento europeo, evitando di riconoscere un significato precettivo lesivo dei principi e delle disposizioni poste dal diritto europeo”* sicché *“l'Autorità ha provveduto correttamente, ritenendo che il divieto di concorrenza, per armonizzarsi con la normativa antitrust, possa valere ed operare solo in quanto indispensabile a garantire la funzionalità della cooperativa, e comunque proporzionato rispetto al raggiungimento di tale finalità”* (CdS, VI, 7 maggio 2020, n. 3501, 3502, 3503, I801B; CdS, 15 dicembre 2020, n. 8061, I801A CdS, VI 14 dicembre 2020, n. 7991, I801A).

Per quanto riguarda, infine, la responsabilità degli operatori *“nell'ambito di reti parallele di intese verticali, la responsabilità dell'effetto anticompetitivo deve essere imputata agli operatori che vi contribuiscono in modo significativo (...)”* (CdS, VI, 7 maggio 2020, n. 3501, 3502, 3503, I801B, in cui muovendo da tale premessa è stato ritenuto non necessario estendere *“l'accertamento svolto dall'Autorità (...) ai singoli tassisti aderenti alle intese verticali in contestazione”*).

Profili sostanziali

DISCIPLINA ANTITRUST E NORMATIVE SETTORIALI

Il Consiglio di Stato, nelle sentenze (7 maggio 2020, nn. 3501, 3502, 3503), riguardanti il caso I801B – Servizi di prenotazione del trasporto taxi – Milano, ha affermato il principio secondo cui *“(..)* la circostanza per cui un accordo tra le parti sia riconducibile ad un istituto previsto dall'ordinamento civile interno, non esime l'operatore giuridico dal verificare la sua compatibilità con la disciplina unionale, al fine di verificare se la fattispecie concreta possa essere sussunta (anche) sotto la previsione di cui

all'art. 101 TFUE. L'autonomia negoziale riconosciuta dalla disciplina codicistica deve, infatti, svolgersi nel rispetto delle disposizioni imperative prescritte dall'ordinamento interno e sovranazionale; il che risulta compatibile, altresì, con l'art. 41 Cost., tenuto conto che la negoziazione giuridica, strumentale all'esercizio di un'attività d'impresa, non può esplicarsi in contrasto con l'utilità sociale. Nella materia antitrust siffatta utilità viene perseguita assicurando il libero gioco concorrenziale, essenziale per assicurare il raggiungimento di posizioni di equilibrio – non condizionate da condotte illecite degli operatori economici – ritenute ottimali per la

Attività di tutela e promozione della concorrenza



definizione delle quantità, del prezzo e di altre caratteristiche qualitative dei beni e servizi negoziati sul mercato.”

Con specifico riferimento alla questione del *ne bis in idem*, il Consiglio di Stato, VI, 30 aprile 2020, n. 2764, 1748B – *Condotte restrittive del CNF* ha ritenuto che la violazione di tale principio in materia antitrust debba essere valutata alla luce della sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea 3 aprile 2019, nella causa C-617/17. La Corte U.E. ha infatti stabilito che *“il principio del ne bis in idem, sancito dall’articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che un’autorità nazionale garante della concorrenza infligga ad un’impresa, nell’ambito di una stessa decisione, un’ammenda per violazione del diritto nazionale della concorrenza e un’ammenda per violazione dell’articolo 82 CE. In una situazione del genere l’autorità nazionale garante della concorrenza deve tuttavia assicurarsi che le ammende considerate congiuntamente siano proporzionate alla natura dell’infrazione”*.

NOZIONE DI IMPRESA

Secondo il Consiglio di Stato, VI, 6 ottobre 2020, nn. 5883, 5898, 5900, 1796 – *Servizi di supporto e assistenza tecnica alla PA*, *“il comportamento di più imprese può rientrare nella definizione elaborata dalle corti nazionali ed europee (di unica entità economica) qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, tali soggetti non determinino in modo autonomo la propria linea di condotta sul mercato, ma definiscano congiuntamente il proprio operato, in considerazione, segnatamente, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche”* (sul punto si cfr. anche CdS, VI, 6 ottobre 2020, nn. 5883, 5898, 5900, 1796; Tar Lazio, I, 27 luglio 2020, nn. 8776, 8778, 8779, 1808; Tar Lazio, I, 18 maggio 2020, n. 5272, 1806; Tar Lazio, I, 16 marzo 2020, n. 3260, 1814). Più nello specifico, Tar Lazio, I, 27 luglio 2020, nn. 8776, 8778, 8779, 1808, gli indici ritenuti necessari ai fini della sussistenza di una *single economic unit*, sono stati individuati nell’esistenza di una posizione di controllo esercitabile dalla capogruppo sulle altre società e nel concreto esercizio su di esse di un’influenza

determinante tale da rendere, ai fini anticoncorrenziali, sia la società madre che le controllate un unico centro di imputazione effettivo dell’attività del gruppo.

MERCATO RILEVANTE

Ai fini della definizione del mercato rilevante, è stata ritenuta necessaria l’indagine sulla sostituibilità dei prodotti dal punto di vista della domanda, da intendere non come astratta possibilità di sostituzione, ma come sostituibilità effettiva (CdS, VI, 13 marzo 2020, n. 1832, A480). In tal senso, con riferimento al mercato dei farmaci, è stata valutata come *“(…) non solo ragionevole, ma sostanzialmente obbligata la scelta di privilegiare il criterio della cd. sostituibilità sul versante della domanda a scapito di altri criteri, stante la natura dei prodotti che viene in considerazione: farmaci antitumorali. In base a tale declinazione, il mercato rilevante comprende tutti i beni considerati fungibili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti stessi e dell’uso al quale sono destinati. (…)* Quanto alla *cd. sostituibilità sul lato dell’offerta – a prescindere dal fatto che, già su un piano teorico, non appare così scontato che tale analisi debba essere condotta in sede di delimitazione del mercato rilevante, potendo essere più proficuamente considerata nella successiva fase di valutazione del potere di mercato – la stessa rileva solo a condizione che tale sostituzione sia sincronizzata, a livello temporale, con la sostituibilità sul lato della domanda, richiedendo in genere la sussistenza di una capacità produttiva già esistente o facilmente convertibile”*. Sul punto, è stato altresì precisato che nei mercati farmaceutici, in cui i prodotti sono acquistabili solo dietro prescrizione medica, le valutazioni dei medici rappresentano il vero parametro di riferimento per definire il mercato rilevante *“poiché i medici prescriventi sono mossi principalmente da considerazioni di opportunità terapeutica e di efficacia dei medicinali”* (CdS, VI, 13 marzo 2020, n. 1832, A480; si cfr. anche Tar Lazio, I, 22 dicembre 2020, n. 13886 e n. 13888, A444).

Intese

PROVA DELL’INTESA

Per quanto riguarda la prova della condotta illecita,

Relazione annuale sull'attività svolta | 31 marzo 2021

la giurisprudenza ha ribadito che *“l'accertamento di un'intesa anticompetitiva è il portato di un'analisi complessa ed articolata, che deve tenere conto di tutti gli elementi di prova acquisiti nella loro interezza e nella correlazione reciproca che lega gli uni agli altri”* (CdS, 12 febbraio 2020, n. 1046, 1792). Ne discende che *“i dati singoli debbono essere considerati quali tasselli di un mosaico, i cui elementi non sono significativi di per sé, ma come parte di un disegno unitario qualificabile come intesa restrittiva della libertà di concorrenza”* CdS 6 ottobre 2020, nn. 5883, 5898, 5900, 1796; analogamente, Tar Lazio, I, 27 luglio 2020, n. 8767, 8768, 8774, 8775, 8776, 8777, 8778, 8779, 8781, 8770, 8772, 8779, 8765, 8769, 1808; Tar Lazio, I, 18 maggio 2020, n. 5261, 5263, 5264, 5265, 5266, 5267, 5272, 5274, 1806; Tar Lazio, I, 16 marzo 2020, nn. 3260, 3261 e 3264, 1814).

Passando all'esame dei singoli elementi di prova, l'essenzialità di una prova c.d. documentale è stata esclusa con riferimento a qualunque forma di concertazione, incluso l'accordo, rilevandosi che *“dalla connotazione comportamentale e non formalistica della nozione di «intesa» deriva che la sussistenza dell'accordo anticoncorrenziale non richieda la prova documentale (o altri elementi probatori fondati su dati estrinseci e formali), atteso che la volontà convergente delle imprese volta alla restrizione della concorrenza può essere idoneamente provata attraverso qualsiasi congruo mezzo (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 512)”* (Tar Lazio, I, 18 maggio 2020, n. 5261, 5272, 1806).

Ripetutamente ribadito è stato anche il principio per il quale, stante *“la rarità dell'acquisizione della prova piena, la ricordata “smoking gun”, (quali: testo dell'intesa, documentazione inequivoca, confessione dei protagonisti) e della conseguente vanificazione pratica delle finalità perseguite dalla normativa antitrust che scaturirebbe da un atteggiamento troppo rigoroso”* nella materia che interessa *“è dunque ammesso il ricorso a prove indiziarie, purché le stesse, come più volte affermato in giurisprudenza, si fondino su indizi gravi, precisi e concordanti”* (CdS, VI, 24 luglio 2020, n. 4736, 4737, 1780; CdS, VI, 27 aprile 2020, n. 2673, 2674, 1775; Tar Lazio, I, 22 ottobre 2020, n. 10765, 10789, 10790, 10791, 10792, 1816; Tar Lazio, I, 27 luglio

2020, nn. 8764, 8773, 8780, 1822; Tar Lazio, I, 18 maggio 2020, n. 5261, 5272, 1806; Tar Lazio, I, 27 luglio 2020, n. 8767, 8768, 8774, 8775, 8776, 8777, 8778, 8779, 8781, 8770, 8772, 8779, 8765, 8769, 1808; Tar Lazio, I, 16 marzo 2020, n. 3260, 1814).

Come ancora evidenziato dalla giurisprudenza *“nella maggior parte dei casi l'esistenza di una pratica o di un accordo anticoncorrenziale deve essere inferita da un certo numero di coincidenze e indizi, essendo usuale che le attività derivanti da pratiche ed accordi anticoncorrenziali si svolgano in modo clandestino”* (CdS, 12 febbraio 2020, n. 1046, 1792; analogamente, TAR Lazio, 22 ottobre 2020, n. 10765, 10789, 10790, 10791, 10792, 1816; Tar Lazio, I, 27 luglio 2020, nn. 8764, 8773, 8780, 1822).

In relazione ai possibili mezzi di prova ha trovato conferma anche la distinzione tra elementi di prova *“endogeni”, afferenti l'anomalia della condotta delle imprese, non spiegabile secondo un fisiologico rapporto tra di loro, ed elementi “esogeni”, quali l'esistenza di contatti sistematici tra le imprese e scambi di informazioni”, unitamente alla regola per cui “la differenza tra le due fattispecie e le correlative tipologie di elementi probatori – “endogeni” ed “esogeni” – si riflette sul soggetto sul quale ricade l'onere della prova”* nel senso che *“qualora, a fronte della semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti sul mercato, il ragionamento dell'Autorità sia fondato sulla supposizione che le condotte poste a base dell'ipotesi accusatoria oggetto di contestazione non possano essere spiegate altrimenti, se non con una concertazione tra le imprese [prova endogena], a queste ultime basta dimostrare circostanze plausibili che pongano sotto una luce diversa i fatti accertati dall'Autorità e che consentano, in tal modo, di dare una diversa spiegazione in chiave concorrenziale dei fatti rispetto a quella accolta nell'impugnato provvedimento. Qualora, invece, la prova della concertazione non sia basata solo sulla semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti, ma dall'istruttoria emerga che le pratiche possano essere state frutto di una concertazione e di uno scambio di informazioni “in concreto” tra le imprese, in relazione alle quali vi siano ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese l'onere di fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte e*

Attività di tutela e promozione della concorrenza



dei loro contatti (Cons. Stato, Sez. VI, 13.5.11, n. 2925)” (Tar Lazio, I, 27 luglio 2020, n. 8767, 8768, 8774, 8775, 8776, 8777, 8778, 8779, 8781, 8770, 8772, 8779, 8765, 8769, 1808; Tar Lazio, I, 18 maggio 2020, n. 5261, 5263, 5264, 5265, 5266, 5267, 5272, 5274, 1806; Tar Lazio, I, 16 marzo 2020, nn. 3260, 3261 e 3264, 1814).

Su questo principio cardine non sono mancate, al contempo, utili precisazioni. Pur ribadendo che, “il parallelismo dei comportamenti può essere considerato prova di una concertazione soltanto qualora la concertazione ne costituisca l’unica spiegazione plausibile” (CdS, VI, 6 ottobre 2020, nn. 5885, 5898, 5900, 5884, 5897, 5899), la giurisprudenza ha, infatti, precisato che “le cd. spiegazioni lecite alternative alla concertazione devono essere esaminate non solo nella loro astratta plausibilità, ma nel contesto in cui sono concretamente formulate e nel confronto con la documentazione acquisita in istruttoria e con i fatti che tale documentazione attesta e cessano di risultare attendibili quando la loro plausibilità rimane tale solo alla luce di un ragionamento generale ed astratto e sia in concreto non confermata dalla documentazione acquisita in istruttoria che ne contraddice la credibilità in concreto” (CdS, 12 febbraio 2020, n. 1046, 1792).

Si è, infine, ribadito che laddove la concertazione emerga da elementi documentali “risultano inconferenti le “spiegazioni alternative” adottate dalle società a giustificazione della propria condotta anomala” (CdS, VI, 6 ottobre 2020, nn. 5885, 5898, 5900, 5884, 5897, 5899, 1796; analogamente CdS, 17 novembre 2020, n. 7152 1792), confermando quindi la regola di fondo per la quale la spiegazione della condotta in termini di razionalità economica non può ribaltare la prova di una concertazione che emerga da elementi di tipo esogeno.

PROVA DELL’INTESA ED ELEMENTI FORNITI DALLE PARTI DEL PROCEDIMENTO

Sempre in materia di prova dell’intesa, si è sottolineato come “Non risulta certamente contestabile l’utilizzo in sede procedimentale degli elementi informativi forniti dalle parti del procedimento, non potendo dubitarsi della possibilità di dimostrare la sussistenza di un’infrazione alla disciplina antitrust sulla base dei documenti e delle informazioni

forniti direttamente dalla parte contro cui si procede (...)” (CdS, VI, 7 maggio 2020, n. 3501, 3502, 3503, 1801B).

Parimenti, anche “i dati forniti dall’impresa denunciante potrebbero essere impiegati dall’Autorità, ove attendibili e coerenti con il rimanente quadro probatorio (...)” (CdS, VI, 7 maggio 2020, n. 3501, 3502, 3503, 1801B). Si è anzi, a tale proposito sottolineato che “senza inversione alcuna dell’onere probatorio, gli elementi di fatto che una parte fa valere possano essere tali da obbligare l’altra parte a fornire una spiegazione o una giustificazione, in mancanza della quale è lecito ritenere che l’onere della prova sia stato assolto (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 17 giugno 2010, in Causa C-413/08 P, Lafarge SA, punto 29)” (CdS, 14 dicembre 2020, n. 7991, 1801A).

Infine “in presenza di documenti “formati su incarico della parte interessata alla relativa acquisizione” [nella specie uno studio economico prodotto dal denunciante] (...) “l’attendibilità dell’elemento di prova” non è preclusa “essendo ben possibile che l’incaricato operi fornendo garanzie di terzietà e, pertanto, in maniera indipendente da eventuali direttive impartibili dal committente” (CdS, VI, 7 maggio 2020, n. 3501, 3502, 3503, 1801B).

PROVA DELL’INTESA, INTESA UNICA E COMPLESSA E RUOLO DELLA SINGOLA PARTECIPANTE

Si è ribadito che “in presenza di un illecito collusivo ripetuto da imprese diverse per un certo periodo di tempo, la caratterizzazione della violazione come una singola collusione comporta la considerevole conseguenza, rilevante in tema di partecipazioni assuntivamente “minori” o “marginali” alla concertazione anticompetitiva, che un partecipante sia ritenuto responsabile per tutte le azioni del cartello, anche se non abbia preso personalmente parte alla totalità di esse, una volta che abbia deciso di assentire alla concertazione medesima”. Proprio per questo ai fini dell’ “an” della responsabilità “(È) 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

Relazione annuale sull'attività svolta | 31 marzo 2021

dissociazione espressa dall'intesa" (Cons. Stato, Sez. VI, 19.12.19, n. 8585 e Cons. Stato, VI, 29 marzo 2018 n. 2002)" (CdS, VI, 24 luglio 2020, n. 4737, 4736, 1780; CdS, VI, 19 marzo 2020, n. 1943, 1780; Tar Lazio, I, 23 ottobre 2020, n. 10790, 1816).

Infine, "la giurisprudenza ha ulteriormente precisato che laddove la valutazione contestuale di elementi indiziari fornisca un quadro di indizi plurimi, precisi e concordanti nel senso della sussistenza dell'intesa nel periodo considerato dall'Autorità, non è necessario che, in relazione a ciascuno di detti elementi, si raggiunga la prova della partecipazione della società, in quanto tale prova risulta dall'esame complessivo di tutti gli elementi probatori in questione (cfr. Consiglio di Stato, 24 ottobre 2014, nn. 5274, 5275, 5276, 5277, 5278)" (CdS, VI, 24 luglio 2020, n. 4737, 4736, 1780).

Si è confermato che "una volta data contezza del coinvolgimento di un'impresa in un'intesa anticoncorrenziale, la dimostrazione della dissociazione, coeva all'inizio della intesa o successiva, per essere credibile deve avvenire "coram populi", in modo da consentire all'Autorità di fermare l'intesa e di sanzionarla: un comportamento dissociativo che si traduca in mera inerzia, infatti, lascia sopravvivere l'intesa, è contrario agli stessi interessi della parte che si pretende "dissociante" e proprio per tale ragione non è credibile" (Tar Lazio, I, 18 maggio 2020, nn. 5261, 5264, 5265, 5266, 5267, 5272, 5274, 1806; analogamente Tar Lazio, I, 27 luglio 2020, n. 8765, 1808).

INTESE RESTRITTIVE DELLA CONCORRENZA PER OGGETTO E PER EFFETTO

Nell'ambito delle intese anticompetitive una distinzione fondamentale rimane quella tra "le intese per oggetto" e le "intese per effetto". "Al fine di valutare se un accordo tra imprese presenti un grado di dannosità sufficiente per essere considerato come una restrizione della concorrenza per oggetto' ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, occorre riferirsi al tenore delle sue disposizioni, agli obiettivi che esso mira a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale si colloca" (Corte di Giustizia UE, Sez. II, Toshiba, in C-373/14 P nonché TAR Lazio, Roma, Sez. I, 23 dicembre 2016, n. 12814)" (Tar Lazio, 27 luglio 2020, n. 8767, 8768, 1808).

Nell'ambito delle restrizioni per oggetto, la

giurisprudenza, ferma restando la natura aperta della categoria, ha confermato la "fissazione orizzontale dei prezzi" (CdS, 16 marzo, 2020, n. 1844, 1772), la "spartizione del mercato" e al "il coordinamento nella partecipazione alle gare d'appalto" (CdS, VI, 24 luglio, 2020, n. 258, 1759; Tar Lazio, I, 16 marzo 2020, nn. 3260, 1814).

La giurisprudenza ha più volte ribadito che quando la condotta assume i connotati della restrizione per oggetto "non è necessario, perché la stessa possa essere qualificata come illecita, effettuare ulteriori valutazioni sugli effetti concreti che la stessa ha avuto sul mercato" (CdS, VI, 24 luglio 2020, n. 4737, 1780; CdS, VI, 27 agosto 2020, n. 5258, 1780; Tar Lazio, I, 22 ottobre 2020, n. 10765, 10789, 10791, 10792, 1816; Tar Lazio, I, 18 maggio 2020, nn. 5261, 5263, 5264, 5265, 5266, 5267, 5272, 5274, 1806; Tar Lazio, I, 16 marzo 2020, nn. 3260, 3261 e 3264, 1814).

Di contro, in presenza di restrizioni per effetto, per poter contestare l'esistenza di un'intesa restrittiva "occorre valutare quale sarebbe stato il gioco della concorrenza nel contesto economico e giuridico di riferimento, se l'accordo non fosse stato concluso, in particolare, verificando la relativa incidenza sui parametri di concorrenza, quali il prezzo, la quantità e la qualità dei prodotti o dei servizi (Corte di Giustizia U.E., 30 gennaio 2020, in causa C-307/18, Generics (UK) Ltd, punti 117 e 118). Ne deriva, in prima analisi, che, qualora si faccia questione di intesa restrittiva per effetto, l'Autorità è tenuta a valutare la situazione concreta in cui l'accordo è realizzato, tenendo conto del contesto economico e giuridico nel quale operano le imprese interessate, della natura dei beni o servizi coinvolti, nonché delle condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato in esame." (CdS, VI, 7 maggio 2020, n. 3501, 3502, 3503; 1801B, CdS, 15 dicembre 2020, n. 8061, 1801A).

Si è confermato che "la violazione delle norme poste a presidio della concorrenza non può mai essere considerata una risposta lecita, nemmeno a fronte d'un asserito comportamento illecito altrui (cfr. Cons. St. VI, 4 settembre 2015 n. 4123; CGUE, 22 ottobre 2015, C-194/14P, AC Treuhand; CGUE, C-49/92) e, a maggior ragione, rispetto ad una modalità di pagamento reputata opportuna o non più remunerativa a seguito d'un cambio degli assetti di quel mercato" (CdS, 17 novembre 2020, n. 7152 1792).

Attività di tutela e promozione della concorrenza



Abuso di posizione dominante

POSIZIONE DOMINANTE E SPECIALE RESPONSABILITÀ

La giurisprudenza amministrativa ha ribadito che *“l’impresa, acquisita una posizione di dominanza, assume una sorta di speciale responsabilità, dovendo adoperarsi per non incidere, distorcendola, sulla libera competizione del relativo mercato di riferimento (cfr. Corte di Giustizia, Nederlandsche Banden – Industrie Michelin NV, C-322/81)”*. Di conseguenza, poiché si assiste a una compressione della libertà economica, *“le condotte potenzialmente abusive devono essere attentamente verificate alla stregua del principio di proporzionalità, dovendosi scongiurare che l’intervento dell’Autorità possa, in ipotesi, costituire un deterrente allo sviluppo di nuovi prodotti, o tecniche commerciali, suscettibili di rappresentare un beneficio per i consumatori”* (CdS, VI, 13 marzo 2020, n. 1832, A480; si cfr. anche Tar Lazio, I, 22 dicembre 2020, n. 13886 e n. 13888, A444).

ABUSO - FATTISPECIE

L’abuso di posizione dominante è stato identificato come una specie della più ampia categoria dell’abuso di diritto, consistendo nell’esercizio di una data situazione giuridica soggettiva in modo formalmente rispettoso delle singole norme, ma tale da creare *“una sproporzione ingiustificata tra il proprio beneficio ed il sacrificio imposto alla controparte”* concretizzandosi in *“un uso distorto dello schema formale del diritto, finalizzato ad obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore, che quindi interviene a contrastarlo (...)”* (CdS, VI, 13 gennaio 2020, n. 310, 315, A435). È stato altresì osservato che il concetto di abuso non violerebbe il principio di determinatezza, potendosi ricavare dalla prassi delle autorità di settore e dalla comune esperienza¹⁵.

ABUSO ESCLUDENTE

Con particolare riferimento alla figura del rifiuto di concessione di una licenza d’uso di un diritto di proprietà intellettuale, la giurisprudenza ha ritenuto

che, nell’ottica di non disincentivare la ricerca e l’innovazione, affinché sussista un illecito antitrust è necessario: *“I. che il bene cui si chiede l’accesso sia indispensabile per l’esercizio di una data attività in un mercato derivato; II. che il rifiuto impedisca l’ingresso di un nuovo prodotto o servizio che il titolare del diritto di proprietà intellettuale non offre e per cui esiste una potenziale domanda da parte dei consumatori; III. che il rifiuto non sia oggettivamente giustificato; IV. che sia idoneo ad eliminare qualsiasi concorrenza su un mercato derivato”* (Tar Lazio, I, 16 gennaio 2020, n. 503, A503).

ABUSO DI SFRUTTAMENTO

Sulla definizione di prezzo iniquo, il giudice amministrativo, rifacendosi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha chiarito che la valutazione di iniquità deve essere scomposta in due fasi: *“la prima richiede l’accertamento di una eccessiva sproporzione tra prezzo e costi e, sul presupposto che la prima parte del test sia accertata, la seconda richiede che sia valutata l’iniquità del prezzo in sé stesso, o in confronto con altri”*.

Si è altresì osservato che *“Dal punto di vista teorico, il confronto intertemporale è un metodo di comparazione pacificamente contemplato nella prassi antitrust, che si affianca al raffronto sia tra prezzi praticati dalla medesima impresa dominante in altri mercati, sia ai prezzi praticati tra concorrenti sul medesimo prodotto. In particolare, il raffronto dei prezzi praticati in due momenti temporali distinti dal medesimo soggetto si rivela necessario quando non sia rinvenibile un prodotto perfettamente sostituibile e non sia praticabile nemmeno un raffronto tra prodotti sostituibili commercializzati su mercati diversi”* (CdS, VI, 13 marzo 2020, n. 1832, A480).

CONCENTRAZIONI

In tema di concentrazioni è stato osservato che *“È legittimo il provvedimento con cui l’Autorità Garante della concorrenza e del mercato ha accertato che due o più*

15. CdS, VI, 13 gennaio 2020, n. 310, 315, A435.

Relazione annuale sull'attività svolta | 31 marzo 2021

operazioni costituiscono una concentrazione unica, ove si tratti di operazioni interdipendenti o di più operazioni (ciascuna delle quali determini un'acquisizione di controllo) poste in essere in un determinato periodo di tempo tra le medesime imprese. Ne deriva che l'Autorità

non è tenuta ad accertare la natura concentrativa delle singole operazioni, coerentemente a quanto disposto dalla Comunicazione consolidata della Commissione (paragrafi 37, 38, 40, 41, 42, 44, 50, 137)" (CdS, 4 giugno 2020, n.3662, C12207).

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 2020 si distingue per le discussioni e le iniziative relative a un ripensamento dei paradigmi a fondamento del diritto e della politica della concorrenza per adattarli ai fenomeni della globalizzazione e digitalizzazione, nonché per il dibattito su altre questioni di *policy* che intersecano le attività delle autorità di concorrenza.

La pandemia da Covid-19 e la grave crisi economica

che ne è conseguita, se da un lato hanno comportato la necessità di maggiore flessibilità della tutela della concorrenza in alcuni settori gravemente colpiti, dall'altro hanno messo al centro del dibattito internazionale il tema del ruolo che le autorità di concorrenza possono giocare nel sostenere gli sforzi dei Governi volti a fronteggiare la crisi nel breve e lungo termine.

Relazione annuale sull'attività svolta | 31 marzo 2021

FOCUS Le risposte alla crisi Covid-19 a livello europeo e internazionale

L'emergenza sanitaria scaturita dalla pandemia di Covid-19 ha richiesto l'adozione da parte dei Governi di misure efficaci per assicurare l'approvvigionamento di beni e servizi essenziali a prezzi accessibili per garantire il graduale ripristino di filiere produttive e distributive temporaneamente bloccate.

Il conseguimento di tali obiettivi ha richiesto forme più o meno intense di cooperazione tra le imprese per scongiurare il rischio di una carenza di beni e servizi essenziali. Le vigenti regole di concorrenza già consentono la conclusione di accordi di cooperazione, i quali – quand'anche ricadano nell'ambito del divieto di cui all'articolo 101 TFUE o delle corrispondenti norme del diritto nazionale – possono essere esentati al ricorso di determinate condizioni. Tuttavia, al fine di accrescere la certezza giuridica degli operatori, numerose autorità di concorrenza, nonché le principali organizzazioni multilaterali, hanno deciso di fornire maggiori orientamenti.

All'indomani della prima ondata dei contagi in Europa, le autorità di concorrenza riunite nella Rete Europea della Concorrenza (ECN o Rete) hanno diffuso un comunicato congiunto in relazione all'applicazione delle regole di concorrenza durante l'emergenza Covid-19. Il comunicato chiarisce che le autorità della Rete non eserciteranno i propri poteri repressivi in relazione a condotte di impresa funzionali a evitare criticità dal lato dell'offerta, purché le misure adottate siano oggettivamente necessarie, proporzionate e la loro portata temporale limitata. Il comunicato invita le imprese a prendere contatto con la Commissione europea e le autorità nazionali di concorrenza della Rete al fine di ottenere orientamenti, in via informale, circa la legittimità delle proprie condotte. Il comunicato dell'ECN ricorda, infine, che le norme di concorrenza consentono ai produttori di indicare prezzi massimi di rivendita che, nella fase emergenziale, potrebbero rivelarsi utili per contrastare ingiustificati rialzi di prezzo da parte dei rivenditori al dettaglio.

Per accrescere la certezza giuridica delle imprese che operano sui mercati dei farmaci e dei presidi medici, la Commissione europea ha adottato una comunicazione relativa alla valutazione concorrenziale degli accordi di cooperazione orizzontale nel settore sanitario, intesi a scongiurare il rischio di indisponibilità dei prodotti utilizzati nel trattamento del Covid-19. Oltre a esplicitare i principali criteri valutativi, la comunicazione introduce una procedura *ad hoc* per fornire orientamenti su progetti specifici di cooperazione, manifestando la disponibilità della Commissione a fornire tali orientamenti in forma scritta in casi eccezionali (*comfort letter*).

La Commissione ne ha dato una prima applicazione indirizzando una comfort letter all'associazione *Medicines for Europe* la quale aveva richiesto una rassicurazione in ordine alla legittimità concorrenziale di uno specifico progetto di cooperazione volontaria tra le imprese produttrici di specialità farmaceutiche, inteso a contrastare il rischio di carenza di alcune medicine impiegate per il trattamento ospedaliero dei pazienti affetti dalle forme più gravi di Covid-19.

Sul fronte internazionale, le principali organizzazioni multilaterali in materia di concorrenza sono intervenute con dichiarazioni volte a orientare le azioni delle autorità di concorrenza e dei Governi. La dichiarazione della Rete Internazionale della Concorrenza (*International Competition Network* o ICN) esorta le autorità di concorrenza a vigilare sui comportamenti anticoncorrenziali di imprese che opportunisticamente sfruttano la crisi e, al tempo stesso, riconosce gli sforzi in buona fede delle imprese che collaborano temporaneamente al fine di fornire beni e servizi necessari per fronteggiare le difficoltà procurate dalla crisi epidemica. La dichiarazione, inoltre, incoraggia

Attività di tutela e promozione della concorrenza



la promozione della concorrenza come uno dei principi guida delle politiche economiche per favorire la ripresa nel medio e lungo termine.

Su iniziativa dell'Autorità italiana, l'ICN ha intrapreso un nuovo progetto con lo scopo di discutere l'impatto dell'emergenza Covid-19 sull'applicazione del diritto della concorrenza a forme di cooperazione tra imprese concorrenti finalizzate ad assicurare l'approvvigionamento di beni e servizi essenziali e affrontare questioni legate alla valutazione dei cosiddetti cartelli "di crisi" o difensivi. Questi ultimi, in particolare, utilizzando come copertura la fase di emergenza pandemica, intendono invece contrastare il declino del settore o l'eccesso di capacità, mantenendo in operatività imprese inefficienti, a danno dei consumatori finali.

L'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) ha predisposto una serie di documenti che raccolgono dati, analisi e linee guida per disegnare misure governative per contrastare la crisi nel breve termine con uno sguardo alle conseguenze nel lungo periodo.

In particolare, l'OCSE ha raccomandato i Governi dei Paesi membri a continuare a sostenere la politica della concorrenza anche durante il periodo di crisi, limitando il perimetro e la durata di eventuali esenzioni o sospensioni dall'applicazione del diritto della concorrenza a quanto strettamente necessario ed evitando, una volta superata l'emergenza, di sussidiare imprese che erano in difficoltà economiche o non più competitive ben prima della crisi pandemica. Inoltre, l'organismo internazionale ha sottolineato la necessità di ripristinare le procedure di gara a evidenza pubblica per la fornitura di beni e servizi nel settore pubblico e per le concessioni, limitando il ricorso agli affidamenti diretti o al rinnovo automatico alla sola fase emergenziale e per l'approvvigionamento di beni e servizi resi urgenti dalla crisi.

Attività nell'ambito della Rete Europea della Concorrenza

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 lo scambio di informazioni tra le autorità partecipanti, nell'ambito di pluralità di gruppi di lavoro tematici. In particolare, nell'ambito del gruppo di lavoro "Cooperazione e giusto procedimento", l'Autorità coordina due progetti, in tema rispettivamente di protezione dei diritti delle imprese soggette agli accertamenti ispettivi e di convergenza dei trattamenti sanzionatori, quest'ultimo sfociato nell'adozione di un documento condiviso da tutte le autorità di concorrenza dell'Unione.

L'ECN facilita, inoltre, le attività di collaborazione

e cooperazione investigativa tra i suoi membri, direttamente finalizzate all'applicazione della normativa comunitaria. L'AGCM ha richiesto assistenza investigativa ai sensi dell'articolo 22(1) del Reg. n. 1/2003 a un'autorità di concorrenza della Rete per l'esecuzione di accertamenti ispettivi. A sua volta, l'Autorità italiana ha prestato assistenza a un'autorità nazionale, 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: in tal senso, l'Autorità italiana ha evaso tre richieste da parte della Commissione Europea e altre sei da parte di altre autorità nazionali mentre a sua volta l'Autorità italiana

Relazione annuale sull'attività svolta | 31 marzo 2021

ha ricevuto supporto in un'istanza, sempre ai sensi dell'art. 12, da parte di un'altra autorità nazionale.

Sviluppi legislativi e di policy a livello comunitario

Nel corso del 2020, la Commissione europea ha intrapreso una serie di iniziative volte a elaborare il contributo che le politiche di concorrenza possono fornire all'agenda dell'Unione Europea e segnatamente ai temi della digitalizzazione, della globalizzazione e della sostenibilità, attraverso sia l'individuazione di nuovi strumenti che l'aggiornamento di quelli già in essere (regolamenti e comunicazioni), che possano consentire alla Commissione e alle autorità nazionali di rispondere meglio alle sfide che si troveranno a fronteggiare nei prossimi anni.

Le proposte legislative in materia di economia digitale costituiscono una delle principali priorità della Commissione europea e si poggiano su due pilastri: il *Digital Market Act* (DMA) e il *Digital Service Act* (DSA). Il DMA propone una regolazione *ex ante*, volta a introdurre taluni divieti e obblighi di comportamento alle piattaforme *online* di grandi dimensioni che esercitano una funzione di controllo di accesso a più mercati, vale a dire di *gatekeeper*. In caso di mancato rispetto della normativa, sono previste ammende fino al 10% del fatturato mondiale totale annuo dell'impresa, penalità di mora fino al 5% del fatturato medio giornaliero e, in caso di violazioni sistematiche alle piattaforme, possono essere imposte ulteriori misure correttive a seguito di un'indagine di mercato.

Il DSA intende adeguare la normativa europea in materia di commercio elettronico e responsabilità degli intermediari, ormai risalente, al nuovo contesto economico e tecnologico. Il DSA regola gli obblighi inerenti la prestazione di servizi digitali, con particolare riguardo alla diffusione di contenuti (ad esempio sui *social network*) e ai diritti degli utenti nella fruizione dei servizi digitali. Entrambe le proposte DMA e DSA saranno discusse dal Consiglio e dal Parlamento dell'UE secondo la procedura legislativa ordinaria. L'Autorità italiana seguirà l'*iter* legislativo offrendo il suo contributo tecnico al Governo

italiano che parteciperà al negoziato sui due testi.

Un'altra riflessione avviata dalla Commissione europea nel 2020 riguarda il rapporto tra la politica della concorrenza e gli obiettivi di sviluppo sostenibile e, in particolare, il contributo che le politiche di concorrenza possono fornire all'agenda dell'Unione europea in materia ambientale, il c.d. *Green Deal* (il piano d'azione della Commissione volto a promuovere l'uso efficiente delle risorse attraverso un'economia pulita e circolare, nonché a ripristinare la biodiversità e a ridurre l'inquinamento). Già nel 2017 l'ECN aveva elaborato delle linee guida per la valutazione di accordi orizzontali volti a migliorare la sostenibilità ambientale, sottolineando come le norme antitrust dell'UE contribuiscono già al conseguimento di tale obiettivo, sanzionando condotte quali l'introduzione di limitazioni allo sviluppo o all'utilizzo di tecnologie pulite o la preclusione dell'accesso a infrastrutture essenziali. Da allora, alcune autorità di concorrenza (Olanda e Grecia *in primis*) hanno sentito la necessità di elaborare orientamenti a livello nazionale per fornire certezza giuridica alle iniziative in materia ambientale che richiedono una collaborazione tra operatori concorrenti altrimenti vietata.

L'iniziativa della Commissione mira a rafforzare tale legame positivo tra i due obiettivi di *policy* e stabilire se e in quali circostanze le politiche antitrust possano rivelarsi fonte di ostacoli alle politiche ambientali del *Green Deal*. La Commissione prevede di sistematizzare i contributi ricevuti nel corso della consultazione pubblica svoltasi nel 2020 in un documento che sarà reso disponibile nel primo trimestre del 2021. Ove necessario, l'esito finale potrebbe consistere nell'aggiornamento delle linee guida ECN.

Per quanto riguarda il quadro di riferimento attuale, la Commissione prosegue la sua attività di aggiornamento di regolamenti e comunicazioni. In particolare, nel corso del 2020 si è avuto un intenso e produttivo confronto tra la Commissione e le autorità nazionali di concorrenza in ordine alla revisione dei regolamenti di esenzione per categoria e delle linee guida in materia di restrizioni orizzontali e verticali, al fine di aggiornare gli *standard* valutativi alla luce dello sviluppo dell'*e-commerce*,