

secondo il principio del c.d. effetto utile, di ottenere che nel mercato inciso siano ripristinate, in forma il più possibile specifica, condizioni simili a quelle che si sarebbero verificate in assenza dell'infrazione.

Diffida e termine di decorrenza

Secondo il Tar Lazio, 7 febbraio 2014, n. 1525, *Applicazione dell'Iva sui servizi postali*, anche nei casi in cui l'Autorità abbia proceduto all'accertamento di un illecito antitrust previa disapplicazione della disciplina nazionale incompatibile, è legittima l'assegnazione di un termine per l'ottemperanza alla diffida a decorrere dalla notifica del provvedimento, e non dal momento in cui la decisione diviene definitiva, in quanto dettato *“dalla esigenza da un lato di evitare l'indefinito protrarsi dell'illecito e dall'altro di concedere alla ricorrente un congruo periodo di tempo per l'adozione di misure necessarie per la rimozione dell'infrazione”*.

Sanzioni

Gravità

In linea con un consolidato orientamento, secondo il Consiglio di Stato, nelle sentenze 23 giugno 2014, n. 3168 e 27 giugno 2014, n. 3252 (*Logistica internazionale*), le intese orizzontali di prezzo o di ripartizione dei mercati possono essere qualificate come infrazioni *‘molto gravi’* sulla sola base della loro natura, senza che sia necessario dimostrare un impatto concreto dell'infrazione sul mercato. Il medesimo giudice, nella pronuncia 13 giugno 2014, n. 3032, *Gare ASL campane*, ha ritenuto giustificata la qualificazione di un'intesa come molto grave ove correlata sia *“al bene giuridico coinvolto e in via mediata infine leso”*, sia al suo oggetto, consistente nel *“coordinamento teso a condizionare pesantemente le procedure di evidenza pubblica per la scelta dell'altro contraente da parte di pubbliche amministrazioni”*.

Elemento soggettivo

Nella sentenza del TAR Lazio, 2 dicembre 2014, n. 12168, *Roche/Novartis*, ha trovato riconoscimento il principio secondo cui, ai sensi dell'articolo 3 l. n. 689/1981, per le violazioni colpite da sanzione amministrativa è sufficiente la conoscenza e volontà della condotta attiva o omissiva, sia essa dolosa o colposa.

Importo base della sanzione

Ai fini dell'individuazione dell'importo base della sanzione da irrogare a un ente di tipo associativo, è stata ribadita la legittimità del riferimento al totale delle entrate contributive associative quale *“fatturato”* ex articolo 15 della l. 287/1990, atteso che la nozione di cui a tale norma di legge non

può che essere intesa in senso lato, in riferimento ai soggetti sanzionati e alla loro conformazione associativa (Tar Lazio, 30 luglio 2014, n. 8343, *Consiglio Notarile di Milano*, n. 8346, *Consiglio Notarile di Lucca*, e n. 8349, *Consiglio Notarile di Verona*). Tuttavia, il riferimento alle sole entrate contributive non può valere per l'individuazione del "tetto massimo" sanzionatorio, dovendosi all'uopo tener conto "*della capacità complessiva dell'impresa, anche al fine di dare luogo a sanzione con caratteristiche di efficacia, proporzionalità e dissuasività*" (nella fattispecie, è stato ritenuto legittimo il riferimento al totale delle entrate di un Ordine dei Notai, comprensivo anche di entrate diverse da quelle derivanti dal contributo associativo: Tar Lazio 30 luglio 2014, n. 8346, *Consiglio Notarile di Lucca*).

Quanto alla misura percentuale cui corrisponde l'importo base, secondo il Consiglio di Stato, 27 giugno 2014, n. 3252, *Logistica internazionale*, in base agli Orientamenti comunitari per il calcolo delle ammende, gli accordi orizzontali di fissazione dei prezzi costituiscono violazioni talmente gravi da prevedere che "*la proporzione del valore delle vendite considerata per le infrazioni di questo tipo si situerà ai valori più alti previsti*".

Criteri di quantificazione della sanzione

Ha ricordato il Consiglio di Stato, 27 giugno 2014, n. 3252, *Logistica internazionale*, che, se un accordo ha per oggetto quello di restringere la concorrenza, gli effetti potenziali o effettivi dell'accordo potranno rilevare ai fini della corretta determinazione del *quantum* sanzionatorio. In linea con ciò, nelle sentenze 23 giugno 2014, nn. 3167 e 3170, sempre relative al caso *Logistica internazionale*, il medesimo giudice ha rilevato che, laddove venga in considerazione un'intesa di carattere orizzontale volta in modo illecito a determinare un allineamento delle politiche tariffarie, "*l'eventuale mancato o parziale allineamento della singola impresa rispetto alla pratica concordata può - se del caso - rilevare al diverso fine di determinare la gravità dell'illecito e, in via consequenziale, il corretto quantum sanzionatorio*".

Circostanze esimenti

Il Tar Lazio, 7 febbraio 2014, n. 1525, *Applicazione dell'Iva sui servizi postali*, ha ricordato come, secondo i principi stabiliti nella sentenza della Corte di Giustizia 9 settembre 2003, C-198/01- *CIF*, "*se le norme nazionali escludono la possibilità di una concorrenza che possa essere ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti autonomi delle imprese, le stesse non possono essere sanzionate, in virtù del principio di certezza del diritto, per comportamenti pregressi alla loro disapplicazione*".

Circostanze attenuanti

Secondo il Consiglio di Stato, 3 giugno 2014, n. 2838, *Logistica internazionale*, in base agli Orientamenti comunitari per il calcolo delle ammende, fermo restando che il riconoscimento della circostanza attenuante connessa all'efficace collaborazione assicurata nel corso del procedimento istruttorio *“rientra nell'ambito di valutazioni ampiamente discrezionali dell'Autorità”*, essa si può considerare integrata solo nel caso in cui la collaborazione prestata dall'impresa nel corso del procedimento istruttorio sia risultata *“talmente fattiva da rendere più agevole per l'Autorità antitrust competente il compito di accertare l'infrazione o di inibirla”*, e non quando l'impresa si sia limitata a prestare la dovuta collaborazione informativa e documentale. In tal senso, il Consiglio di Stato, 24 ottobre 2014, n. 5276, *Cosmetici*, ha statuito che *“il ravvedimento operoso, affinché possa condurre ad una riduzione della sanzione, non può consistere nella mera interruzione volontaria di ulteriori comportamenti violativi, e ciò anche quando tale interruzione si verifica prima dell'avvio della istruttoria da parte dell'Autorità”*, ma *“deve consistere in una condotta attiva volta a rimuovere le conseguenze pregiudizievoli della violazione commessa”*.

Circostanze aggravanti

E' stato fatto presente dal Consiglio di Stato, 24 ottobre 2014, nn. 5275, 5276, 5277, *Cosmetici*, che *“ai fini dell'applicazione della cosiddetta aggravante organizzativa, è necessario, alternativamente, che l'impresa: i) abbia rappresentato una forza promotrice ed abbia avuto una particolare responsabilità nel suo funzionamento; ii) si sia incaricata di elaborare e di suggerire la condotta, dando impulso fondamentale all'esecuzione dell'accordo; iii) si sia impegnata al fine di assicurare la stabilità e la riuscita degli accordi illeciti; iv) si sia incaricata di organizzare gli incontri”*.

Prescrizione

Il Consiglio di Stato, 13 giugno 2014, n. 3032, *Gare ASL campane*, ha rammentato che *“secondo la giurisprudenza in materia di illecito permanente, la cui consumazione si disegna come un segmento e non come un punto nel tempo, il termine di prescrizione della sanzione, da irrogarsi per un illecito di carattere permanente, decorre dal giorno in cui cessa la permanenza, in applicazione analogica dell'art. 158 c.p.”*.

*Ricorsi ex articolo 21 bis della l. 287/1990**Ammissibilità del ricorso diretto*

Secondo il Consiglio di Stato, 30 aprile 2014, n. 2246, *Pagamento ingresso ZTL operatori NCC*, nonché il Tar Lazio, 1 settembre 2014, n. 9264, *Funivia del Terminillo*, l'articolo 21 bis prevede che il potere di agire in

giudizio contro gli atti lesivi della libertà di concorrenza sia preceduto da una fase pre-contenziosa, caratterizzata dall'emissione, da parte dell'Autorità, di un parere motivato rivolto alla pubblica amministrazione, avente duplice funzione: i) *“sollecitare la pubblica amministrazione a rivedere le proprie determinazioni e a conformarsi agli indirizzi dell'Autorità”*, in modo che la tutela dell'interesse pubblico sia assicurata anzitutto all'interno della stessa pubblica amministrazione e restando il ricorso all'autorità giudiziaria amministrativa l'*extrema ratio*; ii) agire come *“strumento di deflazione del contenzioso”*, evitando che due soggetti pubblici si rivolgano direttamente (ed esclusivamente) al giudice per la tutela di un interesse pubblico.

Legittimazione dell'Autorità

Il Consiglio di Stato, 30 aprile 2014, n. 2246, *Pagamento ingresso ZTL operatori NCC*, ha affermato che l'articolo 21 bis *“attribuisce una peculiare legitimatio ad causam all'Autorità nei confronti degli atti amministrativi generali, dei regolamenti e dei provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato”*. Coerentemente con il bene giuridico protetto (la libertà di concorrenza e il corretto funzionamento del mercato) e con le finalità perseguite (la crescita e lo sviluppo economico), la legittimazione dell'Autorità *“trascend(e) l'interesse specifico del singolo operatore del mercato (...), il che giustifica la disposizione nella parte in cui ammette sostanzialmente una legittimazione ad agire concorrente, dell'Autorità e dei singoli interessati”*.

Termine per il ricorso

Secondo il Tar Catania, 3 marzo 2014, n. 676, *Servizio di rimorchio nel porto di Milazzo*, il termine per il ricorso ex articolo 21 bis non è collegato all'adozione di un provvedimento dell'Amministrazione già destinataria del parere, elusivo dello stesso, atteso che *“l'omessa conformazione potrebbe derivare anche dalla mancata adozione di alcun provvedimento”*.

Competenza territoriale del TAR

Nella pronuncia 3 marzo 2014, n. 676, *Servizio di rimorchio nel porto di Milazzo*, il Tar Catania ha sottolineato come la controversia ex articolo 21 bis non rientra tra quelle per cui l'articolo 135 c.p.a. prevede la competenza funzionale inderogabile del Tribunale Amministrativo del Lazio, sede di Roma, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b) c.p.a., in quanto non ha a oggetto l'impugnativa di un provvedimento dell'Autorità, bensì l'impugnativa, da parte dell'Autorità, di un atto di altra Amministrazione.

Profili procedurali

Motivazione del provvedimento e parere dell'Autorità di settore

Il Consiglio di Stato, 18 luglio 2014, n. 3849, *Auditel*, ha ribadito il consolidato orientamento secondo cui le valutazioni dell'Autorità di settore assumono valenza diversa a seconda che si riferiscano alla disciplina e alle caratteristiche del settore regolato rispetto a quelle attinenti l'applicazione delle norme in materia di tutela della concorrenza: *“in entrambi i casi l'Autorità antitrust dovrà motivare il discostamento dal parere dell'autorità di settore, ma nella prima ipotesi la motivazione dovrà essere particolarmente esauriente a differenza della seconda, in cui le valutazioni attengono direttamente alle competenze attribuite al garante della concorrenza”*.

Accesso

Ha ricordato il Consiglio di Stato, 24 ottobre 2014, n. 5277, *Cosmetici*, che dall'articolo 13 del DPR n. 217/98 *«traspare con tutta evidenza la necessità che nei procedimenti antitrust si attenda al bilanciamento di due esigenze spesso antagoniste: da un lato, quella a che sia assicurato il contraddittorio, dall'altro quella di evitare che risulti compromessa la riservatezza di informazioni di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario, relative a persone ed imprese coinvolte nei procedimenti stessi»*.

Accesso procedimentale e informativo

Nella sentenza 20 agosto 2014, n. 9195, *Esso*, il Tar Lazio ha ribadito l'orientamento secondo cui, mentre l'articolo 13 del DPR n. 217/1998 prevede la possibilità di accesso c.d. procedimentale, cioè di chi è o è stato parte del procedimento, gli artt. 22 e ss. della l. 241/1990 disciplinano l'accesso c.d. informativo, cioè il diritto di tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici e diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso: tale accesso può dunque anche prescindere dall'esistenza di un procedimento in corso, in quanto a tutela dell'interesse non del soggetto parte del procedimento, bensì di chiunque possa dimostrare che gli atti oggetto dell'accesso abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti. L'ampiezza dell'accesso agli atti dell'Autorità nelle due ipotesi non può essere differente.

Inoltre, sia nelle ipotesi di accesso procedimentale sia in quelle di accesso informativo, la preminenza del diritto di difesa rispetto al diritto alla riservatezza non assume carattere assoluto, in quanto è conferito all'Autorità il potere di operare un equo bilanciamento degli opposti interessi

- parimenti meritevoli di tutela. In ogni caso, il diritto di difesa non viene leso dal mancato accesso agli atti riservati, in considerazione della possibilità ex articolo 210 c.p.c. di proporre istanza nel procedimento civile al giudice istruttore per l'esibizione della documentazione necessaria per la risoluzione della controversia (ferma restando la possibilità di acquisizione della medesima ex officio ai sensi dell'articolo 213 c.p.c.).

Infine - secondo la medesima pronuncia -, il decorso di un lasso temporale prolungato tra la formazione (e l'acquisizione del documento) e l'istanza di accesso non costituisce una ragione sufficiente per l'ostensione dei documenti, in quanto non può di per sé essere la componente determinante per la caducazione della riservatezza di un documento.

Profili processuali

Sindacato del giudice amministrativo

La Corte di Cassazione, Sezioni Unite, nella sentenza 20 gennaio 2014, n. 1013, *Acea-Suez*, ha ribadito il consolidato orientamento secondo cui il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità *“comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un obiettivo margine di opinabilità - come nel caso del mercato rilevante (...) - detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini”* (in senso conforme Consiglio di Stato, 18 luglio 2014, n. 3849, *Auditel*, nonché Consiglio di Stato, 8 agosto 2014, 4248, *Compagnia Michele Murino*).

Tale principio è stato declinato con riferimento i) al sindacato sulla definizione del mercato rilevante (limitato *“ai soli vizi logici, di difetto di istruttoria e di motivazione, ovvero attinenti ad un errore manifesto di valutazione: Consiglio di Stato, 12 febbraio 2014, n. 693, Ratiopharm/Pfizer; Consiglio di Stato, 8 aprile 2014, n. 1673, Coop Estense; Consiglio di Stato, 24 ottobre 2014, nn. 5274, 5276, 5278, Cosmetici, e ii) al sindacato sulla valutazione degli impegni (Tar Lazio, 8 maggio 2014, n. 4801, Condotte Telecom Italia).*

Diversamente (come ricordato da Consiglio di Stato, 8 aprile 2014, n. 1673, *Coop Estense*), il giudice amministrativo ha il potere di ridurre la sanzione ex articolo 134, comma 1, lettera c), c.p.a..

Rapporti internazionali

Commissione Europea

Le attività nell'ambito dell'European Competition Network

Nel corso del 2014 il rapporto tra l'Autorità e la Commissione si è articolato in numerose attività relative all'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE attraverso la rete delle autorità di concorrenza europee (*European Competition Network* o anche ECN). In particolare, l'Autorità ha informato la rete dell'avvio di 17 procedimenti istruttori TFUE³⁴ e ha preventivamente comunicato alla Commissione³⁵ le linee di azione che sarebbero state seguite in sede di decisione finale nei 12 procedimenti avviati e conclusi per presunte infrazioni degli articoli 101 e 102 TFEU. La Commissione, a sua volta, ha informato l'Autorità³⁶ di 5 procedure avviate formalmente e ha trasmesso gli *Statement of Objections* e i *Preliminary Assessment* inviati alle Parti nell'anno 2014. L'Autorità ha assistito alle audizioni con le Parti e ha partecipato ai comitati preventivamente consultati dalla Commissione in relazione a 18 decisioni finali assunte.

Al fine di rendere sempre più efficace l'attività di attuazione e vigilanza sul rispetto delle norme di concorrenza europee, la collaborazione tra l'Autorità e le altre autorità della rete si è realizzata nel 2014 anche attraverso un maggiore ricorso a strumenti di cooperazione in casi che coinvolgono imprese stabilite in altri Stati membri dell'Unione Europea o in cui le autorità nazionali della concorrenza operano in parallelo, in particolare in fase istruttoria e di acquisizione degli elementi probatori³⁷.

Inoltre, nel corso del 2014 è stata avviata per la prima volta una collaborazione in forma ristretta tra alcune autorità nazionali della rete per le istruttorie in corso - o da intraprendere - nel settore dei servizi di prenotazione alberghiera *online*, con il coordinamento della Commissione, la quale non ha avviato una propria indagine. L'Autorità, pertanto, ha lavorato con le altre autorità nazionali di concorrenza interessate al fine di pervenire a esiti coerenti in ambito ECN in relazione alla propria istruttoria in materia di prenotazione di alberghi *online* avviata il 7 maggio 2014 nei confronti di Expedia Inc., Expedia Italy Srl, Booking.com BV e Booking.com (Italia). A esito del coordinamento, in particolare, le autorità italiane, francesi e svedesi hanno pubblicato congiuntamente gli impegni proposti dalle parti in merito al contenuto delle clausole c.d. "di parità" (*most*

³⁴ Ai sensi dell'art. 11, par. 3 del regolamento (CE) n. 1/2003.

³⁵ Ai sensi dell'art. 11, par. 4 del regolamento (CE) n. 1/2003.

³⁶ Ai sensi dell'art. 11, par. 6 del regolamento (CE) n. 1/2003.

³⁷ Più specificamente, l'Autorità si è avvalsa in tre istruttorie pendenti dei poteri previsti dall'Art. 22, par. 1 del regolamento (CE) n. 1/2003 al fine di intraprendere ispezioni ed effettuare richieste di acquisizione di informazioni presso imprese non aventi sede in Italia, attraverso il meccanismo di assistenza delle autorità di concorrenza locali ivi previsto, e in un caso avviato da un'altra autorità nazionale garante della concorrenza ha prestato a sua volta supporto per effettuare ispezioni presso imprese italiane.

favoured nation) inserite nei rapporti contrattuali con gli alberghi per sottoporli a test di mercato³⁸.

L'Autorità ritiene che tale esperienza di cooperazione tra i membri dell'ECN nell'investigazione di casi paralleli rappresenti un esempio efficace delle attività e del ruolo della rete, sia in termini di innovatività delle procedure che di sviluppo coordinato dell'analisi di merito, idoneo a consentire di raggiungere esiti coerenti nelle decisioni nazionali finali, nonché condizioni paritarie di mercato per le imprese europee.

L'Autorità ha continuato anche nel 2014 a partecipare attivamente ai gruppi di lavoro istituiti in ambito ECN, quali *forum* di discussione e confronto tra autorità di concorrenza su questioni di interesse generale, sia orizzontali che settoriali, nella prospettiva di accrescere l'uniformità nell'applicazione delle norme antitrust soggette ad applicazione decentrata. Tra i gruppi settoriali sono stati particolarmente attivi quelli dedicati ai settori dell'energia, dei servizi di pagamento bancari, dell'alimentare e dei trasporti³⁹.

Dieci anni di applicazione delle norme antitrust ai sensi del Reg. (CE) n. 1/2003

Il 9 luglio 2014 la Commissione Europea ha pubblicato una comunicazione sul funzionamento della rete europea della concorrenza⁴⁰ con due documenti di lavoro allegati, il primo dedicato a un'analisi descrittiva delle attività di *enforcement* svolte, rispettivamente, dalla Commissione e dalle autorità nazionali di concorrenza, il secondo alle aree nelle quali, ad avviso della Commissione, sarebbe auspicabile compiere in futuro un ulteriore sforzo di armonizzazione.

Dal punto di vista del diritto sostanziale, la Commissione riscontra un livello di convergenza soddisfacente tra la prassi da essa seguita e la casistica formatasi a livello nazionale nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, favorito dai meccanismi formali di consultazione previsti dal regolamento (CE) n. 1/2003 e, più in generale, dai contatti informali che a molteplici livelli si sono sviluppati nell'ambito della rete europea della concorrenza.

³⁸ Tali clausole obbligano gli alberghi a offrire all'agenzia *online* prezzi per le camere equivalenti o migliori rispetto a quelli da essi proposti sugli altri canali di distribuzione sia *online* che *offline*. Le autorità garanti della concorrenza francesi, svedesi e italiani, più specificamente, temono che tale sistema possa limitare la concorrenza fra Booking.com e le altre agenzie di viaggio su internet (*online travel agents*, OTA), impedendo l'ingresso sul mercato di nuove piattaforme di prenotazione. In base agli impegni offerti, che avrebbero validità in tutto lo SEE, il gruppo Priceline modificherebbe la clausola "di parità" in modo che sia applicabile esclusivamente ai prezzi e alle altre condizioni pubblicamente offerte dagli hotel attraverso i propri canali di vendita diretta (*online/offline*) e non più sui prezzi proposti su altre OTA. Tutti gli hotel partner, inoltre, potrebbero applicare sconti sulle tariffe offerte sulla propria piattaforma a clienti che appartengono a gruppi chiusi di utenti.

³⁹ Altri Gruppi orizzontali hanno riguardato: *Cooperation Issues and Due Process*, Cartelli, Concentrazioni, Sanzioni, Restrizioni Verticali Online, oltre al gruppo tematico di *forensic information technology* (FIT) e al gruppo dei *Chief Economist*.

⁴⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio *Dieci anni di applicazione delle norme antitrust ai sensi del regolamento (CE) n. 1/2003: risultati e prospettive future*, COM/2014/0453 final.

Sotto il profilo procedurale, l'approccio della Commissione appare comunque improntato alla salvaguardia del complessivo impianto regolamentare, destinato a essere integrato da modifiche puntuali. Tali modifiche appaiono destinate a concentrarsi su due principali aree di intervento: la garanzia dell'indipendenza delle autorità nazionali di concorrenza e il consolidamento dei loro poteri investigativi e repressivi⁴¹.

Da ultimo, la Commissione rileva delle residue disarmonie nella determinazione delle sanzioni pecuniarie irrogate dalle autorità nazionali per infrazioni del diritto antitrust europeo⁴². Al riguardo, l'Autorità contribuisce attivamente, sia nell'ambito del gruppo di lavoro "*Cooperation Issues and Due Process*" che del gruppo di lavoro Sanzioni, alla definizione delle linee di *policy* che ispireranno l'evoluzione della legislazione comunitaria della rete europea della concorrenza.

Proposte di modifica del regime di controllo delle concentrazioni

Il 9 luglio 2014 la Commissione Europea ha pubblicato un libro bianco in materia di controllo delle concentrazioni nell'Unione Europea⁴³ che - a dieci anni dall'entrata in vigore del regolamento (CE) n. 139/2004 - illustra i principali esiti applicativi della riforma del controllo delle concentrazioni a livello europeo e delinea l'evoluzione del processo di convergenza tra le corrispondenti norme nazionali e l'impianto regolamentare.

Il libro bianco formula, inoltre, puntuali proposte di modifica del regolamento (CE) n. 139/2004, che riguardano in particolare l'attribuzione alla Commissione di un potere di controllo sull'acquisizione di partecipazioni di minoranza che non conferiscano il controllo di un'impresa (c.d. *minority shareholdings*) e una rivisitazione del vigente sistema dei rinvii delle operazioni di concentrazione dagli Stati membri alla Commissione e viceversa. Le proposte in questione sono analizzate in maggior dettaglio nel documento di lavoro dei servizi della Commissione che, come di consueto, accompagna la pubblicazione del libro bianco.

In particolare, la Commissione suggerisce di ampliare l'ambito di applicazione del regolamento (CE) n. 139/2004 per ricomprendervi l'acquisizione delle partecipazioni di minoranza, che non comportino la

⁴¹ La comunicazione della Commissione sottolinea che i poteri investigativi e repressivi di cui sono dotate le autorità di concorrenza sono solo parzialmente armonizzati dal regolamento n. 1/2003. Nel corso degli anni, si è sviluppato nell'ambito della rete europea della concorrenza un processo di convergenza spontanea verso il modello regolamentare, facilitato dall'emersione di *best practices* condivise in relazione a diversi temi (come, ad esempio, il programma modello di clemenza dell'ECN). Tuttavia, l'esito di questa evoluzione risulta ancora imperfetto. Allo stato, ad esempio, i poteri ispettivi esercitati dalle autorità nazionali di concorrenza differiscono in ordine alle tipologie di documenti acquisibili - con particolare riguardo ai supporti digitali; inoltre, diverse autorità non hanno il potere di accedere a locali diversi da quelli nei quali si svolge l'attività di impresa. Infine, solo alcune autorità possono imporre, con la decisione che accerta l'infrazione, misure comportamentali o strutturali per assicurare l'effettiva cessazione della condotta anticoncorrenziale e impedire la reiterazione, ai sensi dell'articolo 7 del regolamento (CE) n. 1/2003.

⁴² Ad esempio, in materia di successione tra imprese, di allocazione della responsabilità antitrust all'interno dei gruppi societari o di sanzioni delle associazioni di imprese.

⁴³ *Verso un controllo più efficace delle concentrazioni nell'UE*, COM(2014) 449 final.

possibilità di determinarne gli indirizzi strategici, sulla scorta di quanto già accade, a livello nazionale, in Austria, Germania e Regno Unito. Al fine di contemperare le esigenze di certezza giuridica delle imprese con l'efficacia dell'azione amministrativa, il Libro Bianco propone che la Commissione debba essere informata preventivamente di tutte le operazioni di acquisizione di una partecipazione di minoranza, suscettibili di creare un "legame concorrenzialmente significativo" tra le imprese interessate⁴⁴. Non si tratterebbe dunque di un obbligo di notifica, ma solo informativo; tale obbligo scatterebbe, invece, solo qualora la Commissione si determinasse - entro un certo *spatium deliberandi* - ad avviare un'istruttoria. Alle acquisizioni di partecipazioni di minoranza si applicherebbero le soglie di fatturato già previste dal regolamento (CE) n. 139/2004 e la relativa disciplina dei rinvii.

Quanto al sistema dei rinvii, la Commissione propone di renderlo più efficace e agevole, allo scopo di limitare gli oneri amministrativi gravanti sulle imprese in relazione alla notifica di operazioni multi-giurisdizionali e di ridurre il rischio che le autorità nazionali di concorrenza adottino decisioni divergenti.

L'Autorità ha partecipato alla consultazione pubblica lanciata dalla Commissione sulla base del Libro Bianco, esprimendo un giudizio sostanzialmente positivo sulle proposte di riforma formulate in ordine al controllo dell'acquisizione di partecipazioni di minoranza in imprese concorrenti⁴⁵. Per quanto riguarda invece la revisione dei meccanismi di rinvio, l'Autorità ne condivide senz'altro lo spirito, inteso a favorire la trattazione delle operazioni di concentrazione da parte dell'autorità di concorrenza meglio situata. Tuttavia, l'Autorità dubita che gli interventi normativi prefigurati dal libro bianco, pur in sé condivisibili, possano risultare sufficienti a conseguire gli obiettivi dichiarati della Commissione, in termini di riduzione degli oneri amministrativi gravanti sulle imprese nei casi di operazioni multi-giurisdizionali e del rischio

⁴⁴ Tale legame sussisterebbe quando vi sia una relazione concorrenziale orizzontale o verticale tra l'acquirente e la partecipata e la quota di capitale acquisita sia pari almeno al 20%; tale soglia è ridotta poi al 5% quando la partecipazione di minoranza in questione comporti dei diritti aggiuntivi (ad esempio, un posto nel consiglio di amministrazione, l'accesso ad informazioni commerciali sensibili della partecipata, o diritti di veto non sufficienti ad integrare un controllo di fatto).

⁴⁵ In particolare, l'Autorità condivide l'adozione di un sistema di trasparenza mirato, che preveda l'obbligo di notificare alla Commissione ogni operazione suscettibile di creare un legame significativo dal punto di vista concorrenziale: tuttavia, al fine di ridurre per quanto possibile gli oneri amministrativi gravanti sulle imprese, l'Autorità auspica che gli adempimenti informativi richiesti in questa fase siano limitati a quanto strettamente necessario perché la Commissione possa determinarsi a compiere ulteriori accertamenti. Inoltre, alla luce dei principi di proporzionalità e di certezza del diritto, l'Autorità sollecita una ulteriore riflessione sulla proposta di consentire alla Commissione di aprire una istruttoria anche a diversi mesi di distanza dalla prima comunicazione; infatti, la dissoluzione anche parziale di una transazione a diversi mesi dalla sua attuazione può risultare particolarmente complessa e costosa, e dovrebbe pertanto essere considerata soltanto in circostanze eccezionali.

dell'adozione di decisioni confliggenti da parte delle autorità nazionali di concorrenza⁴⁶.

L'adozione della Direttiva sul risarcimento dei danni antitrust

Il 26 novembre 2014, nel semestre di Presidenza Italiana del Consiglio dell'Unione Europea, è stato definitivamente adottato il testo della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle azioni per il risarcimento del danno per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

La Direttiva segna una rilevante evoluzione del quadro normativo a livello europeo, riconoscendo *ex lege* il diritto al pieno ristoro a favore di coloro - consumatori, imprese o autorità pubbliche - che abbiano subito un danno ingiusto a seguito di una violazione della normativa sulla concorrenza e contemperando tale diritto con la necessità di salvaguardare il "*public enforcement*". La Direttiva, infatti, prevede norme a favore delle vittime degli illeciti antitrust norme che garantiscono in tutti gli Stati membri, in particolare, un più facile accesso agli elementi di prova rilevanti per la domanda di risarcimento, l'effetto vincolante alle decisioni delle autorità garanti della concorrenza nazionali, la presunzione di danno in caso di cartelli e il potere dei giudici nazionali di stimare equitativamente il danno subito⁴⁷.

La Direttiva prevede altresì restrizioni alla divulgazione degli elementi di prova contenuti nei fascicoli di un'autorità di concorrenza, così da salvaguardare il buon funzionamento del *public enforcement*, il quale sovente costituisce la stessa base delle successive azioni di risarcimento dei privati (azioni c.d. *follow-on*). Di specifico rilievo, in tal senso, sono i limiti alla divulgazione delle informazioni imperniati sul principio di proporzionalità dell'ordine giudiziale, tra cui l'obbligo dell'attore di corroborare la propria domanda di "*fatti e prove disponibili che giustificano la domanda di divulgazione delle prove*"⁴⁸, nonché l'accessibilità del fascicolo di un'autorità di concorrenza solo ove le prove non possano essere reperite *aliunde*⁴⁹.

L'Autorità ritiene di estremo rilievo la presenza nella Direttiva di misure per proteggere i beneficiari dei programmi di clemenza - in particolare, la sottrazione totale all'accesso delle dichiarazioni di clemenza

⁴⁶ Ad avviso dell'Autorità, al di là della revisione del sistema dei rinvii, un efficace contrasto dei problemi connessi alla notifica delle operazioni di concentrazione multi-giurisdizionali postula una strategia normativa più ambiziosa. In particolare, l'Autorità ritiene che alle concentrazioni multi-giurisdizionali dovrebbe senz'altro applicarsi il diritto dell'Unione Europea, creando nella materia *de qua* un sistema di *enforcement* decentrato sulla falsariga di quanto già accade ai sensi del regolamento (CE) n. 1/2003. Dal punto di vista giuridico, la previsione dell'applicabilità del diritto comunitario sostanziale alle concentrazioni multi-giurisdizionali consentirebbe infatti di rispondere alle principali istanze di riforma delineate nel rapporto: le autorità nazionali interessate applicherebbero i medesimi parametri di valutazione dell'operazione, ne darebbero tempestiva notizia alle altre autorità, potrebbero scambiare informazioni confidenziali e prestarsi assistenza reciproca nel corso degli accertamenti. Il sistema di controllo ipotizzato presenterebbe infine innegabili vantaggi anche per le imprese, le cui operazioni multi-giurisdizionali sarebbero soggette ad una procedura unificata e al medesimo test di valutazione sostanziale.

⁴⁷ Rispettivamente articoli 5, 9 e 17.

⁴⁸ Art. 5, par. 3, let. a).

⁴⁹ Art. 6, par. 10.

e delle proposte di transazione (c.d. *black list*)⁵⁰ - e le disposizioni dirette a promuovere l'interazione tra i giudici nazionali e le autorità garanti della concorrenza nella divulgazione delle prove e nella quantificazione del danno⁵¹.

La Direttiva, che dovrà essere recepita nell'ordinamento nazionale entro il 27 dicembre 2016, raggiunge un importante punto di equilibrio tra i contrapposti interessi in relazione alle norme sulla responsabilità in solido dei partecipanti al cartello e sul trasferimento del danno⁵².

La nuova Comunicazione de minimis

Il 30 agosto 2014 è stato pubblicato il nuovo testo della Comunicazione della Commissione Europea avente a oggetto gli accordi di importanza minore, c.d. *de minimis*, che non restringono in maniera significativa la concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1 del TFUE ("Comunicazione") e il connesso documento di lavoro volto a chiarire le restrizioni della concorrenza considerate generalmente "*per oggetto*". In particolare, la Commissione presume che le "*restrizioni per effetto*", ove non superino le soglie di mercato previste alla Comunicazione⁵³, non restringano sensibilmente la concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, del TFUE⁵⁴; diversamente, le "*restrizioni per oggetto*" non godono della "*zona di sicurezza*" (*safe harbour*) poiché, in sostanza, sono considerate per loro natura e indipendentemente da qualsiasi loro effetto concreto, restrizioni sensibili del gioco della concorrenza, senza che la Commissione debba preoccuparsi di accertarne in concreto gli effetti anticompetitivi⁵⁵. L'Autorità ha favorevolmente accolto la precisazione introdotta nel testo finale per cui accordi che contengano delle restrizioni per oggetto possono tuttavia non ricadere nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1 TFUE, qualora non siano tali da incidere sensibilmente sul commercio tra Stati Membri⁵⁶.

Modifiche al regime di esenzione per categoria settoriali

Il 21 marzo 2014 è stato rinnovato il regolamento di esenzione per categorie di accordi di trasferimento di tecnologia, unitamente alle connesse Linee Guida. L'Autorità condivide la conferma dei principi generali e la struttura della vigente normativa di settore, in quanto rendono il testo del

⁵⁰ Art. 6, par. 6, let. a).

⁵¹ Art. 6, par. 11, art. 17, par. 3 e art. 18, par. 3.

⁵² Rispettivamente articoli 11 e 12.

⁵³ Le soglie previste sono: 10% tra imprese concorrenti e 15% tra imprese non concorrenti.

⁵⁴ Par. 8 della Comunicazione.

⁵⁵ Par. 13 della Comunicazione.

⁵⁶ Par. 4 della Comunicazione, in linea con quanto statuito dalle Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati Membri del 2004 (nota 4 della Comunicazione), secondo cui gli accordi non sono in grado di pregiudicare sensibilmente il commercio tra Stati membri quando la quota di mercato aggregata delle parti su qualsiasi mercato all'interno della Comunità interessata dagli accordi non supera il 5% e il fatturato comunitario aggregato annuo delle imprese interessate relativo ai prodotti a cui si applica l'accordo non sia superiore a 40 milioni di Euro (par. 52 delle Linee Direttrici).

regolamento coerente con l'evoluzione della legislazione europea in materia di concorrenza⁵⁷. Più in generale, inoltre, le nuove Linee Guida riflettono i più importanti sviluppi nella prassi applicativa della Commissione⁵⁸, a vantaggio di una maggiore chiarezza del quadro normativo di settore per gli operatori.

Nel 2014 è stato anche avviato il processo di revisione del regolamento (CE) n. 267/2010⁵⁹ relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del Trattato a talune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate nel settore delle assicurazioni (Insurance Block Exemption Regulation - IBER), che scadrà il 31 marzo 2017. Terminata la consultazione pubblica, la Commissione dovrà presentare proposte di modifica o abrogazione del testo al Parlamento Europeo e al Consiglio a inizio 2016. Il regolamento attualmente esenta solo due tipologie di accordi, ossia gli accordi sulla compilazione di dati statistici e gli accordi volti a costituire i consorzi (o *pool*) di assicurazione⁶⁰. L'Autorità ritiene preferibile l'abrogazione dei residui regimi di esenzione in blocco, improntando l'analisi di merito a una valutazione caso per caso fondata sull'analisi economica, la quale appare maggiormente idonea a cogliere le significative differenze tra i mercati dei prodotti assicurativi in termini di rischi coperti, diversa tipologia di utenti finali e modalità distributive. L'Autorità, pertanto, continuerà a seguire il processo di revisione della normativa in questione, in particolare, in sede di Comitato Consultivo.

L'evoluzione della politica della concorrenza nel settore agroalimentare

A partire dal 1° gennaio 2014 il quadro normativo della politica agricola comune dell'Unione Europea è costituito dal nuovo regolamento unico in materia di organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli, il regolamento (UE) n. 1308/2013⁶¹. Il nuovo testo di regolamento introduce delle norme speciali, che derogano all'Articolo 101 TFUE, in favore delle organizzazioni di produttori nei settori dell'olio di oliva, delle carni di manzo e vitello e di alcune colture cerealicole e leguminose che negozino per conto dei propri membri la cessione congiunta della loro intera produzione o di parte di essa. Al fine di fornire alle organizzazioni dei produttori dei criteri

⁵⁷ Ad esempio, all'art. 4, par. 2, b) del regolamento, per il divieto di vendite passive tra licenziatari, ora in linea con il regolamento sugli accordi verticali.

⁵⁸ Ad esempio, al par. 4, par. 3 delle Linee Guida sugli accordi transattivi che prevedono clausole *pay-for-restriction* o *pay-for-delay*.

⁵⁹ Regolamento (CE) n. 267/2010 della Commissione europea del 24 marzo 2010.

⁶⁰ Un parziale rinnovo nel 2010 era stato motivato dalla Commissione con la crescente tendenza alla concentrazione dei mercati assicurativi e la situazione di crisi dell'economia che colpisce soprattutto le imprese di minori dimensioni, le quali massimamente si giovano dei benefici dei regolamenti di esenzione in blocco, tenuto conto delle quote di mercato previste per il c.d. *safe harbour* (20-25% dell'art. 6, par. 2 dell'IBER).

⁶¹ Regolamento (UE) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013, che abroga i regolamenti (CEE) n. 922/72, (CEE) n. 234/79, (CE) n. 1037/2001 e (CE) n. 1234/2007.

interpretativi alla luce dei quali orientare la propria attività nei suddetti settori, la Commissione ha elaborato una bozza di linee guida, alla cui definizione ha partecipato anche l'Autorità nel corso del 2014, tenuto conto anche del fatto che tali linee guida, sebbene non vincolanti, sarebbero di utile ausilio alle autorità di concorrenza e ai giudici nazionali responsabili dell'applicazione dei citati articoli 169, 170 e 171 del regolamento (UE) n. 1308/2013.

Le linee guida sono state sottoposte a consultazione pubblica nel primo trimestre del 2015; in esito a tale processo, la Commissione prevede di convocare un comitato consultivo degli Stati Membri, a cui continuerà a partecipare l'Autorità, a seguito del quale giungere all'approvazione delle linee guida entro la fine del 2015.

Progetti realizzati con l'impiego di fondi europei

L'Autorità ha colto l'opportunità offerta da programmi di finanziamento europei per offrire percorsi formativi su tematiche antitrust sia all'interno dell'istituzione, sia ad altri operatori istituzionali, con particolare riferimento a personale di altre amministrazioni che hanno un ruolo di vigilanza e/o *enforcement* e a giudici italiani e stranieri.

Il ricorso a fondi europei ha consentito di condurre iniziative in settori di attività che hanno sofferto di sostanziali tagli nei bilanci delle pubbliche amministrazioni, non solo in Italia, ma che risultano cruciali per il buon funzionamento delle istituzioni coinvolte.

Il principio adottato per l'utilizzo dei fondi europei è stato quello della "addizionalità", vale a dire il ricorso a finanziamenti per attività che, in assenza di tali fondi, non verrebbero realizzate. Questo, che è un principio cardine del finanziamento pubblico europeo, suggerisce un utilizzo dei fondi non tanto per remunerare il tempo impegnato sui progetti dal personale degli organismi partecipanti, quanto per acquisire ulteriori risorse professionali, di diversa natura e provenienza: *partner* accademici, società specializzate nei settori di intervento, soggetti specializzati nel supporto amministrativo e di gestione degli eventi (per non gravare sulle risorse amministrative interne degli organismi partecipanti). Inoltre, trattandosi di finanziamenti europei amministrati direttamente dall'UE, sono generalmente ammessi (con alcune specifiche eccezioni) solo progetti di natura transnazionale e tale criterio ha un peso molto elevato nella valutazione delle proposte presentate. Occorre anche considerare che tutti i progetti citati configurano investimenti di dimensione tale che nessuno delle singole amministrazioni *partner* potrebbe sostenerli individualmente.

I progetti realizzati dall'Autorità con l'utilizzo dei fondi europei hanno riguardato le ispezioni informatiche e la formazione dei giudici.

Inoltre, nell'ambito del nuovo ciclo di programmi di finanziamento UE

2014-2020, l'Autorità ha partecipato, come capofila, al bando per un progetto di supporto a politiche anti-corruzione, intitolato *"Indicatori di corruzione e collusione nelle procedure a evidenza pubblica"*, insieme all'Autorità anticorruzione italiana (ANAC), all'Istituto Einaudi (EIFE), al centro interuniversitario di ricerca sulla criminalità transnazionale Transcrime (Università di Trento e Cattolica del Sacro Cuore di Milano) e ad altri due Stati membri, l'Olanda e la Svezia, attraverso le rispettive autorità di concorrenza (rispettivamente la ACM e la KKV), oltre che all'agenzia anti-corruzione olandese e un'università svedese.

Il progetto è finalizzato allo scambio di buone pratiche tra Stati membri, al supporto istituzionale e alla enucleazione di strumenti volti a dare seguito al primo Rapporto UE anti-corruzione, pubblicato nel febbraio 2014, nel quale una sezione è dedicata ai contratti pubblici e alle pratiche collusive realizzate in tale contesto.

a) Forensic IT

La comunicazione aziendale avviene sempre più frequentemente attraverso modalità elettroniche e i suoi contenuti possono essere archiviati e conservati per lunghi periodi di tempo. Nello svolgimento degli accertamenti ispettivi condotti presso i soggetti sospettati di comportamenti anticoncorrenziali, le autorità antitrust hanno dovuto (e dovranno) fare sempre più affidamento sulla raccolta di prove digitali, potenziando conseguentemente le capacità di acquisizione e di analisi, anche con il ricorso a tecniche e procedure di informatica forense.

E' questo un settore complesso, che combina tecnologie specifiche (spesso altamente specialistiche, costose, in rapida e continua evoluzione) con appropriate procedure ispettive e, soprattutto, con il contesto giuridico in cui operano le autorità di concorrenza. Risorse professionali qualificate, strumenti e procedure adeguate sono gli elementi costitutivi di una strategia volta creare e conferire efficacia agli accertamenti svolti dalle autorità, soprattutto nell'azione di contrasto ai cartelli fra imprese.

In questo contesto, la cooperazione internazionale svolta all'interno della Rete Europea di Concorrenza (ECN - *European Competition Network*) sta producendo risultati importanti, mettendo a fattor comune le esperienze maturate nei diversi paesi partecipanti. Un apposito gruppo di lavoro è stato costituito nel 2010 (l'*ECN Forensic IT Working Group*), che ha ricondotto nell'alveo della rete le iniziative di cooperazione promosse fin dal 2003 da parte delle autorità più attive in questo settore.

Sotto il profilo tecnico, la costruzione e il consolidamento delle competenze in questo settore richiedono ingenti investimenti, in termini sia di formazione del personale che di sviluppo degli strumenti, soprattutto software, necessari per condurre in maniera efficace gli accertamenti

ispettivi. Su questi aspetti sono state finora realizzate tre iniziative comuni a livello internazionale, che hanno potuto usufruire di fondi comunitari nell'ambito di programmi di finanziamento europeo nell'area della sicurezza interna. L'autorità italiana ha coordinato tali iniziative, due già concluse, in materia di formazione e di scambio di personale, e la terza in corso di realizzazione, relativamente allo sviluppo di software specializzato a codice aperto (*open source*).

Circa 150 funzionari, appartenenti a oltre 30 autorità europee di concorrenza (non solo UE), hanno potuto beneficiare delle prime due delle tre iniziative sopra menzionate, operativamente avviate nel 2009 e concluse nel 2013. Si tratta sia di esperti di informatica forense in servizio presso unità operative dedicate, sia di funzionari istruttori, questi ultimi formati all'uso delle procedure e delle tecnologie di base per lo svolgimento di ispezioni informatiche.

Queste iniziative hanno prodotto due effetti principali. Innanzitutto hanno portato all'interno delle singole amministrazioni nazionali gli *standard* formativi necessari per promuovere un'ulteriore diffusione delle conoscenze acquisite nell'ambito di ciascun organismo partecipante. L'Autorità italiana sta completando un programma di formazione che ha finora coinvolto 23 propri funzionari istruttori, estendendo la partecipazione a 7 funzionari di altre due autorità (AEEGSI e AGCOM) che hanno manifestato interesse ad apprendere le modalità ispettive c.d. "a sorpresa" (*dawn raid*) normalmente seguite in ambito antitrust.

Il secondo effetto - non meno rilevante in un'ottica di integrazione europea - riguarda il processo di convergenza "nei fatti" che tali iniziative comuni stanno producendo relativamente alle procedure e alle tecniche che ciascun organismo europeo di concorrenza adotta sulla base dei poteri ispettivi consentiti dal proprio ordinamento nazionale. Un esempio concreto di tale processo è rappresentato dalla recente emanazione di raccomandazioni specifiche da parte della Rete Europea di Concorrenza, relative appunto all'uso di tecniche investigative forensi⁶². A favore di una convergenza di natura "tecnica" si muove ancor più decisamente l'ultima delle tre iniziative citate, avviata nel 2013 e che si concluderà alla fine del 2015. Si tratta, in questo caso, di un progetto per lo sviluppo di software applicativo specialistico in ambiente *open source*, a cui partecipano circa 30 autorità europee di concorrenza e realizzato in *partnership* con un gruppo di ricerca dell'Università degli studi di Roma Tre. L'obiettivo è quello di poter disporre di strumenti comuni di indagine forense a codice aperto, liberi quindi da licenze.

⁶² Cfr. ECN Recommendation on ECN Recommendation on the Power to Collect Digital Evidence, including by Forensic Means
http://ec.europa.eu/competition/ecn/ecn_recommendation_09122013_digital_evidence_en.pdf