

ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

delle singole partecipanti". Il Tar ha quindi ribadito che la sanzione antitrust non ha ad oggetto, in questi casi, il legittimo utilizzo di strumenti contrattuali, "bensì la sussistenza di «un disegno collusivo volto al condizionamento di gare ad evidenza pubblica», (...) al fine di pervenire in modo coordinato alla ripartizione dei servizi oggetto di appalto" (in senso conforme, fra le altre, Consiglio di Stato, 4 novembre 2014 n. 5423, 13 giugno 2014 n. 3032, 24 settembre 2012 n. 5067, 9 aprile 2009 n. 2204)".

Abuso di posizione dominante

Posizione dominante e speciale responsabilità

Il Consiglio di Stato ha ribadito che la posizione dominante rappresenta "una situazione di forza rispetto ai concorrenti tale per cui l'impresa che la detiene è in grado di poter (e qui sta il limite tra l'uso e l'abuso) ostacolare il persistere" di condizioni di concorrenza: tale posizione genera pertanto "speciali doveri concorrenziali, realisticamente legati al suo particolare potere di mercato e alla conseguente particolare sensibilità del mercato alle sue operazioni" (Consiglio di Stato, 15 maggio 2015, n. 2479, A428 - Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia).

Oggetto ed effetti dell'abuso

Il Consiglio di Stato, nella sentenza 15 maggio 2015, n. 2479, A428 - Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia, ha ribadito il principio secondo cui "ai fini dell'articolo 102 TFUE, la prova dell'oggetto e quella dell'effetto anticoncorrenziale si confondono tra loro: se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un'impresa in posizione dominante è di restringere la concorrenza, un tale comportamento è già di per sé pregiudizievole, in quanto può anche comportare tale effetto". L'illecito dell'abuso di posizione dominante, infatti, "si perfeziona con la condotta anticoncorrenziale, purché di suo idonea a turbare il funzionamento e la libertà del mercato", essendo sufficiente "già la mera potenzialità dell'effetto restrittivo".

177

Abuso escludente - rifiuto costruttivo di fornitura

Il Consiglio di Stato ha precisato che, nella valutazione di un abuso mediante "rifiuto costruttivo" di fornitura di un servizio a terzi concorrenti, non rileva solo il dato quantitativo relativo al numero in sé di rifiuti al servizio, bensì vanno considerati anche i dati relativi a ingiustificate "differenze qualitative" delle procedure di delivery applicate a seconda della natura soggettiva del richiedente il servizio - rilevando la creazione di ostacoli o difficoltà all'accesso al servizio, idoneo a pregiudicare la competizione ad armi pari. Tale valutazione prescinde in sé i) sia dalla disparità di trattamento dei concorrenti rispetto alle divisioni interne dell'operatore dominante,

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO - RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2015

anche laddove questa sia evidente, *ii) sia dalla definitività dei rifiuti opposti ai concorrenti, "essendo sufficiente la maggiore complessità (farraginosità discriminatoria) del procedimento esterno" ad essi applicato, "a nulla valendo che essi abbiano poi ottenuto risultati positivi mediante la ri-sotto-posizione degli ordinativi", iii) sia da un'indagine "parcellizzata e atomistica" di ogni singolo rifiuto* (Consiglio di Stato, 15 maggio 2015, n. 2479, A428 - *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*).

Abuso escludente - compressione dei margini

Il giudice amministrativo ha chiarito che il *margin squeeze* è un illecito di prezzo che può essere commesso da un'impresa verticalmente integrata e che l'abuso si verifica quando il differenziale di prezzo tra l'*input* intermedio e il bene/servizio finale è negativo o così ridotto da non mettere in condizione i concorrenti altrettanto efficienti di poter replicare le offerte dell'impresa dominante (Consiglio di Stato, 15 maggio 2015, n. 2479, A428 - *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*).

Concentrazioni

Finalità delle operazioni di concentrazione

178

Nella sentenza 26 gennaio 2015, n. 334, *C11878 - Italgas-Acegas-APS/Isontina Reti Gas*, il Consiglio di Stato ha affermato che eventuali considerazioni in merito a pretese finalità di maggiore efficienza operativa ed economica dell'azione delle società interessate dall'operazione di concentrazione risultano "del tutto irrilevanti nell'ambito dell'indagine circa la potenziale distorsione della concorrenza".

Impegni

Termine per la presentazione degli impegni

Il Consiglio di Stato, nella sentenza 15 maggio 2015, n. 2479, A428 - *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*, ha ribadito che il termine per la presentazione degli impegni ex articolo 14 ter della l. 287/1990 ha carattere ordinatorio e sollecitatorio e non già perentorio; tuttavia "una volta valutati, non è possibile ritenere, in concreto, la loro ripresentabilità all'infinito".

Discrezionalità nella valutazione degli impegni

Nella sentenza 15 maggio 2015, n. 2479, A428 - *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*, il Consiglio di Stato ha ricordato che "per consolidato orientamento, la valutazione negativa (...) degli impegni" - legata da rapporto non di consequenzialità necessaria ma solo di connessione con il provvedimento finale - "rientra nel margine di discrezionale apprezzamento

ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

rimesso all'Autorità garante, non apprezzabile nel merito in sede giurisdizionale se non in determinati limiti", in quanto sottoposto a un sindacato non così "intenso e profondo da poter riguardare profili di opportunità per così dire di 'discrezionalità economica'".

Sanzioni

Gravità e singoli apporti individuali

Il Consiglio di Stato ha ribadito che, una volta accertata la sussistenza di un'intesa restrittiva, le considerazioni relative agli apporti riferibili alle singole imprese partecipanti non rilevano ai fini dell'individuazione degli stessi elementi costitutivi dell'intesa, ma "piuttosto ai fini della valutazione della gravità dell'apporto individuale (in ogni caso, sussistente) e della conseguente commisurazione del quantum sanzionatorio" (Consiglio di Stato, 18 maggio 2015, n. 2514, *I701 - Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*).

Gravità e "bid rigging"

Il giudice amministrativo ha sottolineato che la spartizione del mercato in sede di gara ad evidenza pubblica (c.d. "bid rigging") "è annoverata tra le fattispecie più gravi ("hard core") di intese antitrust, nonché tra le più dannose (e costose) per la collettività (enti appaltanti e consumatori contribuenti)" (Tar Lazio, 16 novembre 2015, nn. 12931, 12932, 12933, 12934, 12935, *I765 - Gare Gestioni Fanghi In Lombardia e Piemonte*).

179

Importo base della sanzione

Ai fini dell'individuazione dell'importo base della sanzione da irrogare ad 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, 16 febbraio 2015, n. 2688, *I706 - Ordine dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri della provincia di Bolzano*).

Quantificazione della sanzione e cessioni infragruppo

Il Consiglio di Stato ha avuto modo di osservare che l'importo della sanzione deve essere parametrato ai dati oggettivi dell'attività di impresa, "indipendentemente dalle sue successive ripartizioni formali" (ovvero da eventuali cessioni infragruppo del ramo d'azienda interessato dall'infrazione). In caso contrario, infatti, la determinazione della sanzione potrebbe risultare condizionata "dal velo del nuovo organismo societario con il suo minor fatturato", laddove invece "del comportamento anticoncorrenziale beneficia l'intera impresa, non la singola società" del gruppo (Consiglio di Stato, 2 luglio 2015, n. 3291, *I723 - Intesa nel mercato delle barriere stradali*).

AUTORITA GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO - RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2015

Quantificazione della sanzione e successione economica

Nella sentenza 17 febbraio 2015, n. 2696, *I559B - Mercato del calcestruzzo*, il Tar del Lazio ha precisato che nel diritto antitrust il principio per cui può essere chiamato a rispondere il soggetto che costituisce il successore economico della precedente entità non comporta l'imputazione dell'illecito a un'impresa diversa, né contraddice al principio della responsabilità personale degli illeciti amministrativi: *“al contrario, proprio il principio di continuità economica consente un'applicazione del principio di personalità dell'illecito coerente con l'impostazione sostanziale seguita nel diritto della concorrenza, secondo cui è necessario evitare che i mutamenti di forma giuridica nell'esercizio dell'impresa abbiano per effetto una sorta di impunità dell'organismo economico per le infrazioni commesse, impedendo così l'effetto utile delle norme sulla concorrenza”*.

Circostanze attenuanti

Il Consiglio di Stato ha escluso che la presentazione di impegni possa essere qualificata come circostanza attenuante, laddove siffatti impegni siano oggetto di un *“giudizio severo sulla loro assoluta inidoneità a superare le criticità anticoncorrenziali nella loro sostanza”* (Consiglio di Stato, 15 maggio 2015, n. 2479, *A428 - Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*).

180

Circostanze aggravanti

Con riguardo all'aggravante della recidiva, il Consiglio di Stato ha chiarito che essa consiste nella reiterazione di *“condotte della stessa indole, non richiedendosi la ‘identità’ completa degli aspetti marginali della fattispecie”* (Consiglio di Stato, 15 maggio 2015, n. 2479, *A428 - Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*).

Disparità di trattamento

Il Consiglio di Stato, nelle sentenze 18 maggio 2015, n. 2513 e n. 2514, *I701 - Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, ha precisato che, in materia antitrust, non sussiste un interesse giuridicamente rilevante a contestare l'entità della sanzione irrogata a un'altra impresa, *“atteso che quand'anche la diversità di trattamento fosse in concreto dimostrata, ciò resterebbe del tutto irrilevante ai fini del giudizio di legittimità del trattamento asseritamente deteriore patito dal ricorrente (in tal senso: Cons. Stato, VI 17 gennaio 2008, n. 102)”*.

Prescrizione

Secondo il Consiglio di Stato, la maggior durata dei procedimenti a tutela della concorrenza e la possibilità che la scoperta degli illeciti avvenga anche a distanza di tempo rispetto ai fatti, sono elementi di difficile compa-

ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

tibilità con la fissazione di un termine di prescrizione e, invero, nelle infrazioni in materia antitrust, “*l’obiettiva difficoltà di accertare siffatte violazioni e l’esigenza di ricondurre a ordine i comportamenti anticoncorrenziali, specie se gravi o molto gravi, in modo tale da rendere effettivo il precetto di legge, insieme alla considerazione che le misure in questiane hanno normalmente non solo una funzione, de praeterita, retributiva di sanzione ma anche la caratteristica de futuro, primaria ed essenziale, di regolazione pubblica di attività economiche a tutela delle condizioni generali di concorrenza* [cfr. Cons. Stato, VI, 22 luglio 2014, n. 3893] portano a considerare che è difficilmente compatibile con le misure medesime la rigida previsione di un termine di cinque anni, come quello individuato dall’articolo 28 della legge n. 689 del 1981” (Consiglio di Stato, 2 luglio 2015, n. 3291, *I723 - Intesa nel mercato delle barriere stradali*). A ciò si aggiungono la considerazione del “carattere tendenzialmente permanente dell’illecito anticoncorrenziale” e la circostanza per cui “*lo stesso evento (da cui decorre il termine) non è facilmente identificabile nel tempo*”. Inoltre, secondo il medesimo giudice, la difficile compatibilità dei procedimenti a tutela della concorrenza con il termine di prescrizione quinquennale rende ininfluente l’indagine circa la portata interruttiva o meno degli atti infraprocedimentali intervenuti.

Il giudice di primo grado ha altresì precisato che, in presenza di un’intesa unitaria, coordinata e continuata, deve escludersi “*ogni ipotesi di prescrizione o di decorso dei termini di attivazione del procedimento sanzionatorio rispetto ai singoli episodi anticoncorrenziali emersi in sede istruttoria*” (Tar Lazio, 16 novembre 2015 nn. 12931, 12932, 12933, 12934, 12935, *I765 - Gare Gestioni Fanghi In Lombardia e Piemonte*).

181

Profili procedurali

Conformità con l’articolo 6 della Carta Europea dei Diritti dell’Uomo

Il giudice amministrativo ha ricordato che, secondo l’interpretazione della Corte EDU, non si può ipotizzare un contrasto tra l’articolo 6 della CEDU e l’ordinamento nazionale “*ove quest’ultimo comunque stabilisca una tutela giurisdizionale rispettosa dei principi fissati dal ripetuto articolo 6, come si verifica, appunto, per le sanzioni in materia di concorrenza. Tutela che la stessa Corte Edu (27 settembre 2011, C. Menarini c. Italia) ha ritenuto estensibile (e, nella specie sottoposta al suo esame, estesa) al merito, sostanziandosi in un “controllo a posteriori da parte di un giudice avente giurisdizione estesa al merito; pertanto nessuna violazione dell’articolo 6 § 1 della Convenzione può essere rilevata”*” (Tar Lazio, 1 luglio 2015, n. 8778, *I748 - Condotte restrittive del CNF*).

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO - RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2015

Decadenza

Il Consiglio di Stato, nella sentenza 2 luglio 2015, n. 3291, *Intesa nel mercato delle barriere stradali*, ha confermato il proprio orientamento secondo il quale non è applicabile al procedimento antitrust la norma di cui all'articolo 14 della l. 689/1981: *"infatti il richiamo [di cui all'articolo 31 l. 287/1990], pur nei termini dell'applicabilità, delle disposizioni del Capo I, Sez. I e II, l. n. 689 del 1981 vole ai soli fini delle sanzioni amministrative pecuniarie, ma non per la disciplina della fase istruttoria del procedimento (Cons. Stato, VI, 26 luglio 2001, n. 4118; 3 aprile 2009, n. 2092), in relazione alla quale la fattispecie è distintamente e autonomamente regolata (Cons. Stato, VI, 22 luglio 2014, n. 3893)".*

Utilizzo di prove acquisite in sede penale

Nella sopra citata sentenza 2 luglio 2015, n. 3291, *Intesa nel mercato delle barriere stradali*, il Consiglio di Stato ha chiarito come la legge non preveda preclusioni a utilizzare nel procedimento antitrust elementi probatori assunti in sede penale.

Comunicazione delle risultanze istruttorie e provvedimento finale

Con riguardo ai rapporti tra comunicazione delle risultanze istruttorie e provvedimento finale, il Consiglio di Stato ha precisato che, nei limiti in cui nel provvedimento finale non vi sia una modifica dell'imputazione rispetto alla contestazione degli addebiti, come ad esempio una modifica della *"natura intrinseca della violazione accertata"*, con conseguente lesione del diritto di difesa, *"è assurdo pretendere (...) che la decisione finale sia una copia della comunicazione degli addebiti formulati, avendo il procedimento la sua funzione di acquisizione di ulteriori fatti, elementi, acquisizioni, che debbono pur avere il loro peso"* (Consiglio di Stato, 15 maggio 2015, n. 2479, A428 - *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*).

182

Accesso e riservatezza

Nelle sentenze 18 maggio 2015, n. 2513 e n. 2514, *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, il Consiglio di Stato ha ricordato come nei procedimenti antitrust sussista la necessità di bilanciare l'esigenza della riservatezza delle informazioni con quella di assicurare il contraddittorio procedimentale ai fini dell'esercizio del diritto di difesa, prendendo le mosse dal principio della c.d. *'parità delle armi'* tra accusa e difesa. In proposito, continua il giudice, la giurisprudenza ha individuato un adeguato *'punto di caduta'* fra i richiamati interessi e principi, affermando che *"il diritto di accesso debba tendenzialmente prevalere sulle esigenze di riservatezza, e che deve comunque essere consentito alle imprese di conoscere il contenuto del-*

ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

l'intero fascicolo, con indicazione degli atti secretati e del relativo contenuto, e che, in relazioni ai documenti costituenti elementi di prova a carico o comunque richiesti dalle imprese per l'utilizzo difensivo a discarico, la secretazione sia strettamente limitata alle c.d. parti sensibili del documento (in tal senso: Cons. Stato, VI, 12 febbraio 2001 n. 652). ”.

È stato altresì precisato che la preminenza del diritto di difesa sulle esigenze di tutela della riservatezza “*non assume carattere assoluto e postula, comunque, che la parte interessata dimostri la specifica connessione con gli atti di cui ipotizza la rilevanza a fini difensivi, all'uopo dimostrando la concreta consequenzialità rispetto alle deduzioni difensive potenzialmente esplicabili, non essendo sufficiente l'allegazione di esigenze di difesa genericamente enunciate per garantire l'accesso*” (Consiglio di Stato, 25 marzo 2015, n. 1585, *1641 - Rifornimenti aeroportuali (Esso)*). Nella medesima pronuncia, il giudice ha considerato generica la richiesta di accesso a documenti avanzata all'Autorità che si limiti a pretendere la prevalenza del diritto di difesa rispetto alla tutela della riservatezza anche in ragione del tempo trascorso dalla formazione dei documenti richiesti.

Infine, nella sentenza 15 maggio 2015, n. 2479, *A428 - Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*, il Consiglio di Stato ha sottolineato che il contemperamento tra accesso e riservatezza deve avvenire “*tutelando le posizioni sensibili, anche di tipo commerciale o imprenditoriale delle parti interessate, sicché prima l'amministrazione e poi il giudice devono, ai sensi degli artt. 22 ss. della legge n. 241/90 e dell'articolo 116 c.p.a., operare tale contemperamento*”.

183

Accesso procedimentale e informativo

Nella sentenza 25 marzo 2015, n. 1585, *1641 - Rifornimenti aeroportuali (Esso)*, il Consiglio di Stato ha precisato che l'accesso esercitato da chi è stato parte del procedimento davanti all'Autorità sconta i limiti di cui all'articolo 13 del d.p.r. 217/1998 “*che non possono essere superati solo perché il procedimento si è concluso. Ritenere il contrario, e cioè che il soggetto che è stato parte nel procedimento, e che nel corso di questo non ha potuto esercitare l'accesso nelle forme di cui ai predicati artt. 22 e seguenti, possa, una volta concluso il procedimento davanti all'Autorità, soddisfare una più ampia pretesa significherebbe (...) assegnare al mero doto temporale della presentazione dell'istanza e alla scelta dell'interessato nell'indicare la tipologia di accesso l'effetto di delimitarne l'ambito*”.

Accesso e giudizio civile

Secondo il giudice, le esigenze di difesa invocate per l'accesso informativo a documenti del fascicolo istruttorio contenenti informazioni riservate

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO - RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2015

possono trovare soddisfazione in sede processuale civile, “*mediante la possibilità, di cui all'articolo 210 c.p.c., di domandare al giudice di ordinare l'esibizione della documentazione necessaria per la risoluzione delle controversie, ferma restando la possibilità di acquisizione ex officio, ai sensi dell'articolo 213 del medesimo codice*

” (Consiglio di Stato, 25 marzo 2015, n. 1585, *1641 - Rifornimenti aeroportuali (Esso)*).

Profili processuali

Sindacato del giudice amministrativo

Il Consiglio di Stato, nella sentenza 15 maggio 2015, n. 2479, *A428 - Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*, ha ribadito l'orientamento secondo cui il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica dell'Autorità “*è pieno e particolarmente penetrante (in superamento della distinzione tra forte e debole) e si svolge tanto con riguardo ai vizi dell'eccesso di potere*” quanto “*attraverso la verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute*”: “*resta comunque fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche o della scienza economica, sicché al giudice amministrativo è consentito censurare la sola valutazione che si pone al di fuori dell'ambito di opinabilità, di modo che il relativo giudizio non divenga sostitutivo di una valutazione parimenti opinabile*”.

Quanto al sindacato sulla definizione del mercato rilevante, il giudice ha confermato che tale valutazione “*non [è] censurabile nel merito da parte del giudice amministrativo, se non per vizi di illogicità estrinseca*” (Consiglio di Stato, 2 luglio 2015, n. 3291, *1723 - Intesa nel mercato delle barriere stradali* e 26 gennaio 2015, n. 334, *C11878 - Italgas-Acegas-APS/Isontina Reti Gas*).

I poteri del giudice amministrativo in ordine alla quantificazione della sanzione sono invece “*propri di una giurisdizione di merito (riconosciuta ora espressamente dall'articolo 134 c.p.a., comma 1, lett. c)*” (Consiglio di Stato, 15 maggio 2015, n. 2479, *A428 - Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*).

La sentenza della Corte di Giustizia nella causa C-428/14 (DHL)

Il 20 gennaio 2016 è stata pubblicata la sentenza della Corte di Giustizia nella causa C-428/14 avente ad oggetto la domanda di pronuncia pre-giudiziale proposta dal Consiglio di Stato italiano ai sensi dell'articolo 267 TFUE, relativa al rapporto tra le domande di clemenza rivolte alle autorità

ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

di concorrenza degli Stati membri e le domande di clemenza presentate alla Commissione europea.

La Corte, seguendo l'impostazione delle conclusioni dell'Avvocato Generale Melchior Wathelet del 10 settembre 2015, ha espresso la correttezza dei principi a cui l'Autorità si era ispirata nell'applicare il proprio programma di clemenza. In particolare, la Corte ha risolto le questioni oggetto del rinvio, dichiarando che:

1) Le disposizioni del diritto dell'Unione europea, in particolare l'articolo 101 TFUE e il regolamento n. 1/2003/CE del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 TFUE, devono essere interpretate nel senso che gli strumenti adottati nell'ambito della rete europea della concorrenza, segnatamente il programma modello di clemenza di tale rete, non hanno effetto vincolante nei confronti delle autorità nazionali garanti della concorrenza.

2) Le disposizioni del diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 101 TFUE e il regolamento n. 1/2003/CE, devono essere interpretate nel senso che tra la domanda d'immunità che un'impresa abbia presentato o sia in procinto di presentare alla Commissione europea e la domanda semplificata presentata per la medesima intesa a un'autorità nazionale garante della concorrenza non sussiste alcuna connessione giuridica che obblighi tale autorità a valutare la domanda semplificata alla luce della domanda d'immunità. La circostanza che la domanda semplificata rispecchi fedelmente o meno il contenuto della domanda presentata alla Commissione è, al riguardo, irrilevante. Qualora la domanda semplificata presentata a un'autorità nazionale garante della concorrenza abbia un ambito materiale più ristretto di quello della domanda d'immunità presentata alla Commissione, detta autorità nazionale non è tenuta a contattare la Commissione o l'impresa stessa al fine di accertare se tale impresa abbia individuato esempi concreti di condotte illecite nel settore asseritamente coperto da tale domanda d'immunità ma non da detta domanda semplificata.

3) Le disposizioni del diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 101 TFUE e il regolamento n. 1/2003/CE, devono essere interpretate nel senso che esse non ostano a che un'autorità nazionale garante della concorrenza accetti, in circostanze come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, una domanda semplificata d'immunità di un'impresa che abbia presentato alla Commissione non una domanda d'immunità totale, bensì una domanda di riduzione di ammende.

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO - RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2015

Rapporti internazionali

L'intenso sviluppo dell'economia digitale e la progressiva erosione delle barriere amministrative e fiscali che limitano l'espansione del commercio internazionale consentono ad un numero crescente di imprese l'adozione di strategie commerciali che travalicano l'ambito delle giurisdizioni statali.

Questo fenomeno, che amplia in misura senza precedenti le opportunità e le scelte dei consumatori, pone d'altro canto nuove sfide per le autorità amministrative preposte alla tutela e alla promozione della concorrenza. L'ineludibile tensione tra la dimensione territoriale finita della giurisdizione nazionale e l'impatto transfrontaliero di alcuni illeciti antitrust e di numerose operazioni di concentrazione di imprese impone una progressiva convergenza dei paradigmi teorici e applicativi del diritto della concorrenza. Analoghe considerazioni, peraltro, valgono anche con riferimento alla tutela del consumatore (secondo le specificazione che saranno fornite nel capitolo III della presente Relazione).

Tale processo di convergenza non può limitarsi, peraltro, alla identificazione di principi interpretativi condivisi in ordine alla declinazione concreta delle regole di natura sostanziale, ma deve comportare una evoluzione armonica dei modelli procedurali e la creazione di meccanismi efficaci di cooperazione tra le agenzie astrattamente competenti a conoscere della medesima condotta.

L'attività svolta dall'Autorità nelle sedi internazionali è costantemente orientata a promuovere le occasioni di confronto e raccordo con le altre autorità di concorrenza e a facilitare l'emersione di prassi condivise che ne orientino l'*enforcement* delle norme antitrust, accrescendo nel contempo la certezza giuridica e le garanzie procedurali delle imprese sottoposte all'acertamento.

Attività nell'ambito della Rete Europea della Concorrenza

Nel contesto europeo, l'interazione con le altre autorità di concorrenza si svolge in un quadro istituzionale e regolamentare caratterizzato da spiccate peculiarità. Il regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, infatti, crea un sistema di *enforcement* basato su competenze parallele e flessibili della Commissione Europea e delle autorità nazionali. La solidità - e in buona sostanza l'accettabilità - di questa architettura istituzionale postula un elevato livello di coerenza degli esiti applicativi che ne derivano, pur temperato dalla necessaria considerazione delle eventuali specificità dei mercati nazionali.

ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

Infatti, un'azione non coordinata da parte di più autorità nazionali astrattamente competenti a conoscere di una potenziale violazione della normativa antitrust che sia posta in essere in diversi Stati membri potrebbe comportare la segmentazione del mercato unico lungo le frontiere nazionali. Inoltre, iniziative di *enforcement* disarmoniche possono prestare il fianco a risposte strategiche da parte delle imprese interessate.

La Rete Europea della Concorrenza, che riunisce la Commissione Europea e le autorità nazionali competenti ad applicare le regole di concorrenza del Trattato, costituisce un *forum* privilegiato per la discussione degli indirizzi interpretativi, la circolazione dei modelli applicativi e lo scambio di informazioni tra le autorità partecipanti. Anche nel corso del 2015, essa ha rappresentato lo strumento di elezione per il coordinamento delle attività di *enforcement* svolte dall'Autorità con le iniziative assunte dalla Commissione Europea e dalle altre autorità nazionali, fornendo ampia prova della propria capacità di gestire in modo efficiente e funzionale la conduzione di procedimenti paralleli nei confronti della società Booking.com.

Il 21 aprile 2015, le autorità di concorrenza di Italia, Francia e Svezia hanno infatti adottato simultaneamente delle decisioni con impegni (descritte nel dettaglio in altra sezione di questo documento), in forza delle quali per i prossimi cinque anni l'impresa si asterrà dall'includere nei propri contratti con le strutture alberghiere clausole di parità suscettibili di alterare la concorrenza tra le diverse agenzie di viaggio online e i diversi canali di vendita di servizi alberghieri.

187

La conduzione del procedimento di valutazione degli impegni ha comportato un intenso e fruttuoso raccordo tra le autorità nazionali di concorrenza interessate, che ha consentito di individuare le misure più idonee a contrastare le preoccupazioni concorrenziali oggetto dell'accertamento. Il coordinamento ha interessato anche l'interazione con l'impresa. In particolare, le autorità di concorrenza hanno deciso di svolgere congiuntamente l'audizione di Booking, che si è tenuta a Bruxelles in presenza di rappresentanti di tutte le autorità interessate e - in qualità di uditori - di funzionari della Direzione Generale per la Concorrenza della Commissione Europea e di altre autorità nazionali della concorrenza.

Il disallineamento tra le norme procedurali applicabili nei diversi Paesi ha comportato la necessità di adattamenti e innovazioni, per consentire l'allineamento anche cronologico delle pronunce delle autorità coinvolte. L'esperienza maturata in relazione a questo procedimento dimostra l'enorme potenziale della rete europea della concorrenza di agire come catalizzatore di una genuina convergenza nell'applicazione delle regole sostanziali e procedurali da parte delle autorità nazionali, facilitando l'emersione di approcci

AUTORITA GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO - RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2015

condivisi in relazioni a talune restrizioni della concorrenza.

Consultazione pubblica sul funzionamento della Rete Europea della Concorrenza

La comunicazione della Commissione Europea del 9 luglio 2014⁵³, che pure esprimeva piena soddisfazione per i risultati finora conseguiti nell'ambito della rete europea della concorrenza, individuava alcune possibili direttive di intervento in vista di una eventuale revisione del regolamento n. 1/2003/CE, intese a garantire la massima efficacia dell'attività di enforcement delle norme antitrust comunitarie svolta dalle autorità nazionali.

In particolare, la Commissione riteneva auspicabile assicurare che le autorità nazionali fossero dotate di risorse adeguate per l'adempimento dei compiti istituzionali ad esse affidati, disponessero di incisivi poteri investigativi e repressivi, potessero imporre sanzioni deterrenti e operassero programmi di clemenza efficaci.

Il 4 novembre 2015, la Commissione ha quindi avviato un ampio processo di consultazione pubblica, con il quale sollecitava il contributo di tutti i soggetti interessati (imprese, consumatori, autorità pubbliche, libero foro e comunità accademica) in relazione a ciascuno dei temi citati, per verificare se vi sia una effettiva esigenza di riforma dell'impianto regolamentare e quale debba essere il contenuto di una eventuale iniziativa legislativa.

L'Autorità ha partecipato alla consultazione, ribadendo il proprio convinto sostegno per una evoluzione dell'impianto regolamentare che rafforzi e garantisca l'indipendenza delle autorità nazionali di concorrenza e ne armonizzi i poteri di intervento, integrando il processo di spontanea convergenza realizzato nel contesto dell'ECN e favorendo per questa via l'applicazione uniforme delle regole di concorrenza sull'intero territorio dell'Unione.

Con particolare riguardo alla questione delle risorse economiche, che riveste una cruciale importanza nel presidiare l'indipendenza delle autorità nazionali, l'Autorità ha osservato che l'attuale sistema di finanziamento dell'Istituzione, svincolando la dotazione annuale da una decisione allocativa del Governo, garantisce all'Autorità un livello adeguato di risorse e la pone ragionevolmente al riparo dai cicli congiunturali. Si tratta di un modello ancora isolato a livello europeo, ma certamente meritevole di essere considerato alla stregua di una *best practice*.

ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

Il completamento e il consolidamento dello strumentario investigativo e repressivo di cui dispongono le autorità nazionali di concorrenza appare indispensabile sotto un duplice profilo: per un verso, esso accresce l'efficacia dell'attività di *enforcement*, agevolando l'acquisizione degli elementi di prova dell'illecito concorrenziale e favorendo la definizione del procedimento amministrativo; per altro verso, un certo grado di convergenza tra i poteri istruttori minimi risulta funzionale ad assicurare l'efficace cooperazione investigativa nell'ambito della rete europea della concorrenza.

In materia di sanzioni, l'Autorità ha più volte auspicato che si realizzi una più incisiva convergenza tra i criteri per la determinazione delle amende applicati dalle autorità nazionali di concorrenza quando ravvisino una violazione delle norme antitrust del Trattato. Infatti, la legittimità e l'accettabilità di un sistema di *enforcement* decentrato, basato su competenze parallele e flessibili, postula che non vi siano marcate difformità degli esiti sanzionatori in funzione dell'autorità procedente.

La codificazione di alcuni principi generali in tema di computo delle sanzioni antitrust può certamente facilitare la convergenza e accrescere la certezza giuridica delle imprese sottoposte all'accertamento. In particolare, si ritiene che una eventuale revisione del regolamento n. 1/2003/CE potrebbe fornire l'occasione per eliminare le disposizioni di diritto nazionale che di fatto impediscono alle autorità di concorrenza di irrogare sanzioni davvero deterrenti ai responsabili delle violazioni antitrust. A tale riguardo, appare opportuno armonizzare le norme che disciplinano il massimo edittale e prevedere più efficaci poteri sanzionatori nei confronti delle associazioni di imprese: su quest'ultimo tema, d'altronde, l'Autorità è già intervenuta a livello nazionale auspicando un allineamento del diritto interno alle corrispondenti norme comunitarie.

189

La consultazione ha infine riguardato i programmi di clemenza, in forza dei quali le imprese che cooperano con l'Autorità, consentendo di scoprire e perseguire cartelli segreti, possono beneficiare dell'immunità o della riduzione delle sanzioni amministrative pecuniarie applicabili.

L'assenza di un riparto rigido di competenze di *enforcement* nell'ambito della rete europea della concorrenza comporta - in mancanza di uno sportello unico per la concessione del beneficio clemenziale a livello europeo - la tendenziale interdipendenza dei programmi di clemenza operati dalla Commissione e dalle autorità nazionali di concorrenza. In relazione a ciascun ipotizzabile illecito, infatti, l'impresa interessata dovrà assicurarsi il beneficio in tutte le giurisdizioni in cui la condotta sia stata almeno parzialmente attuata.

Pertanto, difformità apprezzabili tra i programmi di clemenza (in par-

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2015

ticolare, tra le condizioni cui è soggetta la concessione del beneficio) possono comportare significative incertezze giuridiche per le imprese, tali da indurle a desistere dal prestare la propria collaborazione all'accertamento in tutti gli ordinamenti astrattamente interessati.

I medesimi effetti distorsivi rischiano di prodursi quando - pur a fronte di un puntuale allineamento tra i diversi programmi - la collaborazione con l'autorità di concorrenza comporti in alcuni ordinamenti delle conseguenze sfavorevoli (ad esempio, di natura penale), che il programma di clemenza nazionale non sia in grado di scongiurare. In queste ipotesi, l'imperfetto coordinamento tra plessi normativi a livello nazionale si riverbera in una minore appetibilità di tutti i programmi di clemenza europei, compromettendo l'efficacia del contrasto ai cartelli segreti.

Per questa ragione, l'Autorità considera con favore la creazione di una base giuridica ad hoc per i programmi di clemenza nel diritto dell'UE, che ne codifichi la funzione e gli aspetti principali. Il diritto dell'UE dovrebbe altresì disporre che gli Stati membri adottino misure idonee ad evitare che i dipendenti dell'impresa che presti la propria collaborazione all'autorità di concorrenza per la scoperta e la repressione di un cartello segreto siano esposti a sanzioni in relazione al medesimo cartello per il quale l'impresa ha avuto accesso al beneficio clemenziale.

190

Applicazione del diritto UE della concorrenza nel settore agro-alimentare

Il 27 novembre 2015 la Commissione Europea ha adottato le linee guida sull'applicazione degli articoli 169, 170 e 171 del regolamento (UE) n. 1308/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 in materia di organizzazione comune dei mercati agricoli (Regolamento OCM)⁵⁴.

Le menzionate disposizioni prevedono una deroga all'applicazione delle regole di concorrenza in favore delle organizzazioni di produttori nei settori dell'olio di oliva, delle carni bovine 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. Poiché tale esenzione opera - qualora ne siano rispettate le condizioni - senza che sia necessario una previa autorizzazione da parte della Commissione Europea o delle autorità nazionali di concorrenza, spetta alle organizzazioni dei produttori valutare *ex ante* la compatibilità dei propri accordi di negoziazione congiunta con il quadro regolamentare.

⁵⁴ Comunicazione della Commissione, "Orientamenti relativi all'applicazione delle norme specifiche di cui agli articoli 169, 170 e 171 del Regolamento OCM per i settori dell'olio d'oliva, delle carni bovine e dei semi-nativi", in g.u.u.e. C 431 del 22 dicembre 2015.

ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

Per questa ragione, la Commissione ha ritenuto utile adottare delle linee guida, che forniscano alle organizzazioni dei produttori dei criteri interpretativi alla luce dei quali orientare la propria attività nei settori dell'olio di oliva, delle carni di manzo e di vitello e delle colture cerealicole e leguminose interessate dal regolamento n. 1308/2013/UE. Le linee guida, sebbene non abbiano efficacia vincolante, possono d'altronde costituire un utile ausilio per le autorità di concorrenza e i giudici nazionali responsabili dell'applicazione dei citati articoli 169, 170 e 171.

L'operatività della deroga è infatti subordinata al cumulativo ricorrere di alcune condizioni, tra le quali si segnala l'esigenza che gli obiettivi di concentrazione dell'offerta siano perseguiti dalle organizzazioni dei produttori attraverso una integrazione delle attività che sia suscettibile di generare efficienze significative, tali da contribuire nel complesso al raggiungimento degli obiettivi della politica agricola comune, di cui all'articolo 39 TFUE .

L'adozione del testo è stata preceduta da una consultazione pubblica dei soggetti interessati, che si è conclusa il 5 maggio 2015.

L'Autorità ha partecipato al processo di consultazione pubblica, segnalando l'opportunità di privilegiare una metodologia di accertamento relativamente semplice, che garantisse la certezza giuridica degli operatori economici interessati. Infatti, poiché le organizzazioni dei produttori saranno chiamate ad una valutazione autonoma circa la compatibilità delle proprie condotte con l'impianto regolamentare, meccanismi di valutazione delle efficienze che richiedano analisi complesse potrebbero risultare difficilmente gestibili dalle imprese interessate.

191

A tale riguardo, nel proprio contributo alla consultazione pubblica, l'Autorità ha auspicato quindi un ulteriore ampliamento del perimetro di applicazione del metodo semplificato di valutazione delle efficienze. Infatti, benché il beneficio dell'esenzione risulti comunque in linea di principio disponibile anche qualora le condizioni del test semplificato non siano soddisfatte, l'incertezza giuridica degli operatori economici in ordine agli esiti del "metodo alternativo" - che postula un loro apprezzamento in relazione all'operatività della deroga - avrebbe potuto frustrare lo scopo perseguito dal legislatore europeo di favorire fenomeni aggregativi dal lato dell'offerta.

L'Autorità ha inoltre espresso il proprio convincimento che, al fine di assicurare che le attività svolte in forma centralizzata dalle organizzazioni dei produttori generino efficienze significative, sia indispensabile che il volume della produzione interessato da tali attività rappresenti una percentuale significativa della produzione oggetto di vendita congiunta.

Il testo approvato dalla Commissione recepisce le osservazioni dell'Autorità.

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO - RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2015

Le linee guida approvate il 27 novembre, infatti, riconducono all'ambito di applicazione del metodo semplificato di valutazione delle efficienze anche le ipotesi in cui le associazioni dei produttori svolgano in forma integrata due o più delle attività elencate negli articoli 169, 170 e 171, che solo nel loro complesso comportino risparmi di costo sufficientemente rilevanti.

Tuttavia, lo svolgimento centralizzato di attività astrattamente suscettibili di produrre efficienze, qualora riguardi volumi particolarmente ridotti rispetto alla produzione totale oggetto di commercializzazione congiunta, potrà assai di rado contribuire in misura apprezzabile a garantire guadagni di efficienza. Pertanto, ai sensi delle linee guida il test semplificato di valutazione delle efficienze significative sarà soddisfatto qualora l'organizzazione dei produttori svolga in forma integrata due delle attività astrattamente suscettibili di generare efficienze ed esse interessino nel loro complesso una proporzione superiore al 70% del volume della produzione oggetto di commercializzazione congiunta.

L'Autorità auspica che il nuovo quadro regolamentare inneschi un processo virtuoso, che rimedi alla persistente frammentazione dell'offerta sui mercati interessati, consenta un significativo recupero di efficienza e di competitività delle imprese del settore e generi una più equilibrata distribuzione del valore nella filiera produttiva, stemperando le tensioni che si sono manifestate negli ultimi anni.

192

*Progetti realizzati con l'impiego di fondi europei**Forensic IT*

Nel 2015 sono proseguiti le attività per la realizzazione dei *tool open source* di investigazione forense nell'ambito del progetto denominato EAFIT_TOOLS (acronimo di *European Antitrust Forensic IT Tools*), finanziato al 90% dei costi con fondi del programma europeo 2007-2013 "Prevention of and Fight Against Crime".

Per la realizzazione del progetto, avviato nel novembre 2013 e conclusosi nel gennaio 2016, è stato costituito un partenariato fra istituzioni pubbliche e mondo accademico. Un *team* di ricercatori del Dipartimento di Matematica e Fisica dell'Università degli Studi di Roma Tre ha sviluppato, in forma prototipale, strumenti *software* di indagine forense a codice aperto (*open source*) rispondenti alle esigenze investigative rilevate presso le agenzie antitrust europee. Ventinove organismi europei di tutela della concorrenza hanno partecipato attivamente a varie fasi del processo di realizzazione dei *tool*: 24 autorità nazionali dei paesi membri dell'UE, 3 autorità di paesi extraeuropei e 2 organismi sovranazionali (la Direzione Generale per la Concorrenza della Commissione europea e l'EFTA Surveillance