

CAP. II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

concorrenza o di abusi di posizione dominante - 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" (Consiglio di Stato, 11 luglio 2016, n. 3047 e 30 giugno 2016, n. 2947, 1765 - *Gare gestioni fanghi in Lombardia e Piemonte*; in termini simili Tar Lazio, 10 febbraio 2016, n. 1934, C11982 - *Enrico Preziosi Artsana/Newco-Bimbo Store*).

Il Tar del Lazio ha inoltre riconosciuto che, a fronte di ragioni economiche in ipotesi congruenti, fornite dalle Parti a titolo di "spiegazioni economiche alternative" alla tesi dell'illecito collusivo, il giudice "non potrebbe, per ciò solo, disconoscere le valutazioni tecniche compiute dall'Autorità che fossero basate su valutazioni altrettanto congruenti e condivisibili e ritenere preferibili quelle offerte dalla parte privata" (sentenze 6 settembre 2016, nn. 9553, 9554, 9555, 9556, 9559, 9560, 9561, 1761 - *Mercato dei servizi tecnici accessori* e 25 luglio 2016, nn. 8499, 8500, 8502, 8504, 8506, 1782 - *Gare per servizi di bonifica e smaltimento di materiali inquinanti e/o pericolosi*).

Ricorsi ex art. 21-bis della l. 287/90*Termine per l'adozione del parere motivato*

In una pronuncia del Tar Calabria, 29 giugno 2016, n. 1373, S2141B - *Strutture sanitarie private accreditate nella Regione Calabria*, il giudice, invocando l'orientamento del Consiglio di Stato, Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171, ha affermato che il termine assegnato all'Autorità per emettere il parere motivato ex art. 21-bis della l. 287/90, ha carattere perentorio e può iniziare a decorrere solo dal ricevimento da parte dell'Autorità di una specifica comunicazione (di qualsiasi provenienza) recante gli elementi rilevanti dell'atto che del parere dovrebbe formare oggetto, "giacché soltanto a partire da tale momento essa sarebbe nella reale condizione di esercitare la propria competenza".

Difensore del libero foro

Il giudice amministrativo ha confermato che, nel caso in cui il patrocinio dell'Avvocatura erariale sia obbligatorio anche per l'Amministrazione autrice dell'atto impugnato, l'Autorità, a fronte di una comunicazione in tal senso da parte dall'Avvocatura dello Stato, potrà rivolgersi, ai sensi dell'art. 5 r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, a un avvocato del libero Foro (Tar Calabria, 29 giugno 2016, n. 1373, S2141B - *Strutture sanitarie private accreditate nella Regione Calabria*).

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

Rapporti internazionali

Nel 2016 il dibattito a livello internazionale si è incentrato per gran parte sulle implicazioni, per l'applicazione delle norme a tutela della concorrenza e dei consumatori, dello sviluppo dell'economia digitale che è fonte di nuovi modelli di *business* e di fruizione dei prodotti o servizi, e stimola le imprese ad adottare strategie commerciali che sempre più travalicano l'ambito delle giurisdizioni statali.

La rivoluzione digitale, pur ampliando in misura senza precedenti le opportunità e le scelte dei consumatori, pone d'altro canto nuove sfide per le autorità in termini di convergenza e cooperazione anche in considerazione del fatto che i profili antitrust e di tutela dei consumatori sollevati dalle condotte delle imprese digitali sono sempre più spesso legati a questioni attinenti ad altre sfere, come la tutela della *privacy*.

In questo contesto, sul versante della tutela della concorrenza sono state discusse in ambito ICN alcune interessanti questioni attinenti lo sviluppo dei mercati digitali, tra cui l'impatto delle innovazioni dirompenti su mercati tradizionalmente regolati mentre l'OCSE ha affrontato per la prima volta le implicazioni su antitrust e *privacy* dell'utilizzo delle banche dati (*big data*).

210

Le attività nell'ambito della Rete Europea della Concorrenza (ECN)

La Rete Europea della Concorrenza (*European Competition Network*), che riunisce la Commissione Europea e le autorità nazionali competenti ad applicare le regole di concorrenza dei Trattati, costituisce un *forum* privilegiato per la discussione degli indirizzi interpretativi, la circolazione dei modelli applicativi e lo scambio d'informazioni tra le autorità partecipanti.

Nel corso del 2016, numerose sono state anche le attività di collaborazione e cooperazione tra i membri ECN ai fini dell'*enforcement*. L'Autorità ha prestato assistenza a una richiesta formale *ex art. 12* del Regolamento (CE) n.1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, per la trasmissione d'informazioni, mentre a sua volta ha ricevuto supporto in tre istanze, sempre *ex art. 12*, da parte dell'autorità britannica e dalla Commissione. Inoltre, l'Autorità ha dato seguito a due richieste di assistenza da parte della Commissione nell'espletamento di accertamenti ispettivi effettuati nel territorio italiano.

Oltre all'attività di cooperazione di carattere formale finalizzata all'acquisizione di elementi per procedere a investigazioni, la Rete ECN continua a rappresentare anche un mezzo informale per lo scambio di esperienze e di informazioni non confidenziali: nel 2016 l'Autorità ha risposto

CAP. II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

a 22 richieste di informazioni da parte di altre autorità nazionali su un ampio numero di questioni, sia di carattere nazionale che trasversale.

In effetti, la Rete è divenuta nel tempo un *forum* per la discussione e lo sviluppo delle politiche della concorrenza. A questi fini, il confronto si articola a diversi livelli organizzandosi in gruppi di lavoro settoriali o orizzontali. In particolare, nel corso del 2016, l'Autorità ha preso parte ai gruppi relativi ai settori agro-alimentare, assicurazioni, sport e prenotazioni alberghiere *online*, quest'ultimo costituito agli inizi del 2016 con l'obiettivo di implementare il monitoraggio degli effetti delle modifiche apportate nel corso del 2015, in diversi Stati Membri, alle clausole di parità tariffaria e parità di condizioni, presenti nei contratti verticali tra piattaforme di prenotazione *online* e strutture ricettive.

Tra i gruppi dedicati a questioni di carattere orizzontale, nel periodo esaminato hanno proseguito le proprie attività, con il coinvolgimento dell'Autorità, il Gruppo Cartelli, il Gruppo Concentrazioni, il Gruppo *Cooperation Issues and Due Process*, il Gruppo *Chief Economist* e il Gruppo sulle restrizioni verticali. In tali gruppi gli Stati Membri e la Commissione hanno avuto modo di discutere di problemi specifici e tematiche generali concernenti l'applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE e la cooperazione nella rete.

La sede di confronto più autorevole è rappresentata dagli incontri semestrali dei vertici delle autorità di concorrenza della Rete dove si discutono questioni di *policy* e vengono elaborati gli orientamenti condivisi che possono sfociare nell'adozione di risoluzioni comuni.

211

Restrizioni verticali e commercio elettronico

Negli ultimi anni, in concomitanza con una crescita significativa dell'*e-commerce*, il tema delle restrizioni verticali nei mercati *online* ha assunto particolare rilevanza per la Commissione europea e per le autorità nazionali che hanno avuto modo di approfondirne l'analisi all'interno del gruppo di lavoro della Rete europea della concorrenza sulle restrizioni verticali. Nell'ambito del gruppo si sono affrontate alcune delle implicazioni concorrenziali attinenti alla modalità di funzionamento delle piattaforme digitali.

In effetti, alcune caratteristiche distintive delle piattaforme - la natura a due versanti, la presenza di effetti di rete indiretti, la ricorrenza di modelli di *business* specifici (spesso incentrati sulla fornitura di servizi gratuiti), pongono nuovi problemi di natura concorrenziale non sempre affrontabili con l'impiego degli usuali schemi di valutazione, specialmente con riferimento all'analisi del mercato rilevante e del potere di mercato.

Inoltre, la valutazione dal punto di vista concorrenziale può dipendere anche dalla natura delle piattaforme, a seconda che si tratti di una mera

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

infrastruttura (*market place*) volta semplicemente a consentire l'incontro di domanda e offerta, a prescindere dal prodotto scambiato, oppure di piattaforme che svolgono funzioni di natura distributiva in specifici mercati del prodotto, alla stregua di un *trader*. Ad esempio, nel caso di piattaforme che svolgono un ruolo di infrastruttura la preoccupazione concorrenziale riguarda spesso le condizioni di accesso, mentre nel caso di piattaforme di distribuzione le preoccupazioni concorrenziali potranno anche estendersi all'attenuazione della concorrenza tra fornitori e/o distributori.

Il funzionamento delle piattaforme elettroniche e le restrizioni verticali a esse connesse costituiscono anche l'oggetto dell'indagine conoscitiva sull'*e-commerce* avviata dalla Commissione europea nel maggio 2015 nel contesto della strategia sul Mercato Unico Digitale⁸⁸. L'indagine dedica particolare attenzione all'analisi delle piattaforme *online*, illustrandone i diversi modelli di *business*, che spaziano dai casi in cui le piattaforme si limitano a rendere disponibile un'infrastruttura per le transazioni, a quelli in cui questi soggetti vendono prodotti, in concorrenza con i distributori ospitati nella stessa piattaforma. Inoltre, l'indagine si sofferma su alcune restrizioni riscontrate nell'operatività delle piattaforme, alcune delle quali erano già oggetto del procedimento condotto dall'Autorità nei confronti di Booking.com (caso I779, chiuso con impegni nell'aprile 2015). L'indagine, infatti, riconosce che le piattaforme rappresentano una modalità di offerta alla quale molti *retailer* fanno ricorso, in particolare quelli di minori dimensioni, osservando tuttavia al contempo che i distributori si avvalgono prevalentemente di propri siti per le vendite *online*, eventualmente associandoli all'utilizzo delle piattaforme.

Obblighi informativi relativi alla notifica delle concentrazioni

Per quanto riguarda il controllo delle concentrazioni, la Rete Europea della Concorrenza ha pubblicato nel maggio 2016 un rapporto che procede a una disamina puntuale dei formulari applicabili alla notifica delle operazioni di concentrazione e a un'analisi comparativa ragionata⁸⁹. Il documento costituisce l'esito finale di un progetto pluriennale coordinato dall'Autorità, insieme alle autorità di Francia, Repubblica Ceca e Spagna, che prendeva spunto dal dibattito sulla necessità di rendere meno complessa e onerosa la

⁸⁸ Un rapporto preliminare sull'indagine è stato pubblicato dalla Commissione il 15 settembre 2016 mentre il rapporto finale è atteso per il primo trimestre del 2017. Come noto, l'indagine prendeva le mosse dal riconoscimento che a fronte del crescente numero di beni e servizi scambiati su internet, nell'Unione europea tuttora esistono significative barriere al commercio online transfrontaliero e aveva lo scopo di fornire elementi di identificazione e valutazione di tali barriere così come degli interventi più appropriati per rimuoverle. L'indagine mette a disposizione una ampia messe di dati e informazioni, che spaziano da una illustrazione della crescita delle vendite online, alla considerazione degli effetti di tale fenomeno per le strategie delle imprese manifatturiere e distributive, nonché per lo sviluppo di nuovi soggetti economici, quali le piattaforme e i comparatori di prodotti. Cfr. Commission Staff Working Document, Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry, Brussels, 15.9.2016, SWD(2016) 312 final, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_preliminary_report_en.pdf

⁸⁹ Il rapporto, Report: Information requirements for merger notification, è disponibile su internet al seguente link: http://ec.europa.eu/competition/ecn/mir_report_en.pdf

CAP. II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

conclusione di operazioni multi-giurisdizionali, ed evitare di vanificare i guadagni di efficienza che ne deriverebbero, attraverso una riduzione dell'attuale frammentazione normativa. Quest'ultima è strettamente collegata ai costi per le imprese legati alla raccolta di plessi informativi non coincidenti per procedere alla notifica della medesima operazione presso più autorità competenti e a scansioni procedimentali non coordinate nei diversi Paesi interessati.

Per questi motivi, tra le aree prioritarie d'intervento del gruppo di lavoro "Concentrazioni" della Rete è stata inserita una rassegna comparativa degli elementi informativi che, nelle diverse giurisdizioni, sono richiesti alle imprese in occasione della notifica delle concentrazioni. Il rapporto, corredato di tavole comparative, riguarda quattro aree dedicate rispettivamente a:

- a) le regole procedurali che, in ciascuno Stato membro, governano la pre-notifica delle concentrazioni;
- b) gli obblighi informativi inerenti alla descrizione dell'operazione;
- c) gli obblighi informativi che riguardano la descrizione delle parti;
- d) gli obblighi informativi relativi alla descrizione dei mercati.

Tra le conclusioni principali del rapporto vi è la constatazione che, nella maggioranza dei Paesi membri, le operazioni di concentrazione sono soggette a un regime procedurale relativamente rigido, che ne prevede la notifica sulla base di formulari predisposti a livello nazionale. Il contenuto e la struttura di tali formulari si ispirano, ancorché in misura variabile, al modello elaborato dalla Commissione Europea ai sensi del Regolamento CE 802/2004.

Dalla comparazione dei formulari nazionali emerge una rilevante convergenza tra le giurisdizioni dello Spazio Economico Europeo, con riferimento ai criteri alla luce dei quali le autorità nazionali orientano la valutazione dell'impatto concorrenziale delle concentrazioni. In particolare, le informazioni richieste alle Parti in occasione della notifica appaiono riconducibili a categorie omogenee e risultano funzionali a stimare gli effetti potenziali dell'operazione comunicata.

Tuttavia, quando si passa a un'analisi più dettagliata degli specifici obblighi informativi incombenti alle imprese, il rapporto evidenzia altresì divergenze apprezzabili e peculiarità che attengono ai singoli diritti nazionali. Il rapporto argomenta che in linea di principio tali differenze sono suscettibili di tradursi in oneri amministrativi supplementari per le imprese interessate che debbano notificare operazioni transfrontaliere in una molteplicità di giurisdizioni. D'altro canto, una prospettazione chiara e snella degli obblighi informativi applicabili in ogni Stato membro potrebbe parzialmente alleviare tali oneri, in quanto consentirebbe alle imprese di ridurre almeno i costi di ricerca e transazione. In quest'ottica, le tavole

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

comparative pubblicate insieme al rapporto potrebbero tornare utili a ciascuna autorità di concorrenza, che potrà considerarle autonomamente e individualmente, qualora intenda procedere ad una revisione del proprio formulario. Questo strumento potrebbe promuovere, nell'arco dei prossimi anni, una spontanea semplificazione degli obblighi informativi attualmente previsti per la notifica delle concentrazioni.

L'esecuzione transfrontaliera delle decisioni sanzionatorie in materia antitrust

Nel corso del 2016, l'Autorità ha coordinato, di concerto con le autorità nazionali di concorrenza francese e slovacca, un progetto del gruppo di lavoro "Co-operation issues and due process" della rete europea della concorrenza (ECN), relativo all'esecuzione transfrontaliera delle decisioni sanzionatorie in materia di concorrenza.

L'esecuzione coattiva delle decisioni assunte dalle autorità nazionali di concorrenza nei Paesi membri dell'Unione, in assenza di una normativa *ad hoc*, è disciplinata dalle norme generali che governano l'azione pubblica di fronte all'inadempimento del precetto sanzionatorio. Ne discende una pluralità di modelli procedurali, che riflettono la tradizione giuridica e l'assetto istituzionale dei singoli Stati.

Nella maggioranza delle esperienze nazionali, il procedimento di riscossione non è affidato all'autorità che ha irrogato la sanzione rimasta insoluta, ma a un soggetto terzo - segnatamente una amministrazione pubblica o un agente dell'amministrazione. In numerose giurisdizioni all'esecuzione coattiva delle decisioni sanzionatorie rese in materia antitrust si applica la medesima procedura prevista per il recupero dei crediti fiscali. Spesso sono proprio le autorità tributarie a essere designate quali amministrazioni competenti per la riscossione.

Allo stato, le limitazioni territoriali della giurisdizione di *enforcement* impediscono alle amministrazioni di un Paese membro di porre in essere misure esecutive destinate a trovare applicazione in un altro Stato, che si tradurrebbero in una violazione della sovranità di quest'ultimo. Pertanto, al momento non vi sono strumenti giuridici che consentano di assicurare la riscossione di sanzioni irrogate dalle autorità nazionali di concorrenza a imprese che abbiano violato gli articoli 101 o 102 TFUE, quando esse siano stabilite in un differente Paese e non dispongano di attivi aggredibili nella giurisdizione dell'autorità procedente.

Questa lacuna appare suscettibile di pregiudicare l'effetto deterrente delle sanzioni, consentendo a taluni operatori di eludere le conseguenze del proprio comportamento illecito. Inoltre, essa sembra incompatibile con il vigente sistema di applicazione decentrata delle norme comunitarie antitrust, basato su criteri flessibili di riparto delle competenze, in quanto lascia sostanzialmente dipendere l'esito sanzionatorio dell'accertamento

CAP. II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

dell'infrazione dalla scelta a monte dell'autorità procedente.

Numerose autorità hanno riferito di casi in cui non è stato possibile recuperare le ammende inflitte a imprese stabilite all'estero e non volontariamente pagate. Tuttavia, al di là delle fattispecie già emerse, non può evidentemente escludersi il rischio che le autorità nazionali di concorrenza - nella selezione delle violazioni e delle imprese da perseguire - tengano conto della impossibilità di garantire l'esecuzione di eventuali misure sanzionatorie: in tali ipotesi, la lacuna normativa in esame determinerebbe una vistosa distorsione delle priorità di *enforcement* delle autorità nazionali, con possibili ricadute negative in termini di benessere dei consumatori e di parità di trattamento tra gli operatori economici.

Per queste ragioni, si ritiene auspicabile che la Commissione promuova un'iniziativa legislativa a livello di Unione - nell'ambito dell'annunciato strumento normativo inteso a garantire l'indipendenza delle autorità nazionali di concorrenza e a consolidarne i poteri investigativi ed esecutivi - che consenta l'*enforcement* transfrontaliero delle decisioni sanzionatorie relative a violazioni degli articoli 101 e 102 TFUE. Il perseguimento di questo obiettivo non sembra necessariamente comportare la ricerca di una convergenza tra le molteplici soluzioni istituzionali e procedurali adottate dai Paesi membri in tema di esecuzione coattiva delle sanzioni antitrust. Per contro, il diritto dell'Unione dovrebbe prevedere un generale obbligo per gli Stati membri di adottare misure appropriate al fine di permettere l'esecuzione sul proprio territorio nazionale delle decisioni sanzionatorie assunte dall'autorità di concorrenza di un altro Paese in relazione a violazioni degli articoli 101 e 102 TFUE. Inoltre, per valorizzare il ruolo delle autorità di concorrenza, l'auspicata iniziativa legislativa dovrebbe includere disposizioni che consentano alle autorità nazionali di prestarsi reciprocamente assistenza nel contesto delle procedure di riscossione, nei limiti delle loro prerogative istituzionali e dei poteri loro attribuiti dal diritto nazionale. Da ultimo, potrebbe essere valutata la possibilità di consentire all'amministrazione del Paese membro che proceda materialmente all'esecuzione della decisione sanzionatoria, assunta in un altro Stato, di richiedere all'amministrazione di tale Stato un contributo economico, al fine di recuperare i costi della procedura di riscossione eventualmente infruttuosa.

La proposta di Regolamento in materia di geoblocking

Il 25 maggio 2016, la Commissione ha presentato una proposta di Regolamento recante misure volte a impedire i blocchi geografici e altre forme di discriminazione dei clienti basate sulla nazionalità, il luogo di residenza o il luogo di stabilimento nell'ambito del mercato interno (c.d. *geoblocking*), che si inserisce tra le iniziative legislative assunte nell'ambito

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

della propria strategia per il mercato unico digitale. La proposta di regolamento in materia di *geoblocking* muove dall'esigenza, segnalata dalla Commissione nella relazione introduttiva, di ridurre l'incertezza giuridica relativa all'applicazione dell'articolo 20 della Direttiva 2006/123/CE, individuando con chiarezza talune situazioni in cui una disparità di trattamento fondata sulla nazionalità o sul luogo di residenza non sia comunque giustificabile.

L'articolo 3 reca il divieto di *geoblocking* in funzione della nazionalità, residenza o stabilimento dei clienti. In particolare, alle imprese è vietato adottare ogni misura intesa a bloccare o limitare l'accesso alle proprie interfacce *online* o a reindirizzare i clienti verso una versione della interfaccia *online* diversa da quella cui essi intendevano in un primo momento accedere, salvo che ne abbiano ottenuto il preventivo consenso esplicito. Tali divieti non si applicano quando le limitazioni dell'accesso o il reindirizzo dei clienti siano strumentali al rispetto di un obbligo di legge. Qualora l'operatore commerciale blocchi o limiti l'accesso di un cliente alla propria interfaccia *online*, è tenuto a fornirne una chiara giustificazione nella sezione dell'interfaccia cui il cliente desiderava accedere inizialmente.

L'articolo 4 introduce un generale divieto di applicare condizioni differenziate per l'acquisto di beni o servizi in ragione della nazionalità, residenza o stabilimento dei clienti, qualora ricorra una delle condizioni previste. Il divieto di praticare condizioni discriminatorie non si applica quando il diritto dell'Unione o disposizioni nazionali a esso conformi impediscano all'operatore di fornire beni o servizi a taluni clienti o in taluni territori, né qualora, limitatamente alla vendita di libri, l'applicazione di prezzi diversi in determinati territori derivi dalle leggi nazionali degli Stati membri.

In linea generale, la proposta della Commissione va sostenuta, auspicando tuttavia che la compressione della libertà contrattuale degli operatori da essa determinata sia effettivamente proporzionata all'esigenza di garantire un miglior funzionamento del mercato interno, con benefici in termini di efficienza economica e benessere dei consumatori.

A tale riguardo, il divieto di *geoblocking* di cui all'articolo 3 risulta certamente apprezzabile. La scelta di consentire ai clienti l'accesso alle interfacce *online* da essi preferite, infatti, accresce il patrimonio informativo sulla base del quale il consumatore può orientare consapevolmente le proprie decisioni economiche, senza determinare costi aggiuntivi per le imprese. Il divieto di *geoblocking* senza aver previamente acquisito l'esplicito consenso dei clienti non pregiudica, d'altronde, la possibilità per le imprese di adottare su ciascuna delle proprie interfacce nazionali iniziative promozionali mirate a gruppi specifici di consumatori (ad esempio, proponendo particolari sconti in occasione di festività locali), né comporta

CAP. II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

di per sé solo l'obbligo per l'impresa di contrarre con tutti i potenziali clienti.

L'articolo 4, che individua delle ipotesi in cui l'applicazione di condizioni contrattuali differenziate in ragione della nazionalità, residenza o luogo di stabilimento del cliente non potrebbe mai essere giustificata, impone una valutazione più articolata. In effetti, l'obiettivo perseguito dalla Commissione attraverso il divieto di discriminazione - vale a dire il buon funzionamento del mercato interno e l'eliminazione di prassi commerciali che lo segmentino secondo le frontiere nazionali - potrebbe comportare, in taluni casi, un sacrificio in termini di tutela degli interessi economici dei consumatori. Pertanto, si ritiene di competenza degli organi politici e legislativi la scelta politica di fondo in ordine al temperamento tra gli obiettivi di piena realizzazione del mercato interno e di promozione dell'efficienza economica, che potrebbero risultare in questo caso parzialmente disallineati.

Il Consiglio dell'Unione Europea ha adottato un orientamento generale sulla proposta della Commissione il 28 novembre 2016.

Progetto di formazione dei giudici nazionali sul diritto della concorrenza dell'Unione Europea

Anche nel corso del 2016, come in passato, l'Autorità ha utilizzato fondi europei per lo svolgimento di attività di formazione in materia di diritto della concorrenza dell'Unione Europea, di cui hanno beneficiato i giudici nazionali.

In particolare, l'Autorità, capofila di un accordo di partenariato con la Scuola Superiore della Magistratura e il Consiglio di Stato, ha completato l'attuazione del progetto di formazione "*Antitrust Economics for Judges*", per il quale ha beneficiato di un finanziamento erogato dalla Direzione Generale per la Concorrenza della Commissione Europea. Il progetto si proponeva di dotare i magistrati italiani degli strumenti teorici e pratici atti a trattare casi di concorrenza che comportino valutazioni economiche complesse, contribuendo in tal modo ad aumentare la certezza del diritto, a promuoverne l'efficienza e a favorirne la coerenza nell'ambito dell'Unione.

Nel corso del 2016 si sono svolte le ultime due sessioni formative previste dal programma delle attività. Una terza sessione, rivolta esclusivamente ai magistrati amministrativi, si è svolta presso il Consiglio di Stato nelle giornate del 29 febbraio e 1° marzo e ha affrontato il tema del sindacato giurisdizionale delle valutazioni economiche complesse, con riguardo, tra l'altro, alle decisioni delle corti UE in materia di concentrazioni tra imprese. Una quarta sessione, rivolta invece a magistrati ordinari e ospitata dall'Autorità il 14 e 15 aprile, ha invece approfondito il tema della quantificazione del danno derivante dall'illecito antitrust, in vista del previsto recepimento della Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

e del Consiglio, del 26 novembre 2014 e delle linee guida già adottate ovvero da adottare dalla Commissione Europea.

La conferenza finale del progetto, organizzata presso il Consiglio di Stato il 7 giugno, si è svolta nella forma di un *mock trial*, nel corso del quale i partecipanti sono stati chiamati a discutere i vari aspetti rilevanti di un caso ipotetico relativo a una fattispecie di abuso di posizione dominante per rifiuto a contrarre.

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

La Rete Internazionale della Concorrenza (*International Competition Network* o ICN), che comprende più di 130 membri, persegue due principali finalità: da un lato, predisporre strumenti funzionali allo scambio d'informazioni e al raccordo tra le autorità di concorrenza in occasione di procedimenti istruttori sovranazionali, dall'altro lato, promuovere un'interpretazione e applicazione coerente della disciplina antitrust tra le autorità nazionali, pur nella consapevolezza dell'esistenza di sistemi giuridici e istituzionali molto differenti.

L'Autorità italiana partecipa attivamente all'attività dell'ICN, contribuendo ai progetti e alla stesura dei relativi documenti e coordinando in particolare il Gruppo di Lavoro ICN sulla promozione della concorrenza, che approfondisce gli strumenti e le modalità di confronto tra le autorità di concorrenza e i possibili interlocutori - dal Governo e Parlamento alle imprese e consumatori - per promuovere un contesto aperto alla competizione e diffondere una cultura della concorrenza.

Nell'aprile 2016 si è svolta a Singapore la quattordicesima Riunione Plenaria ICN, il cui tema principale è stato l'applicazione della normativa sulla concorrenza a fronte di innovazioni dirompenti, in grado di scompaginare in brevissimo tempo assetti di mercato che apparivano consolidati.

Il rapporto *Government Advocacy and Disruptive Innovations*⁹⁰ approvato in tale occasione illustra differenti esempi di *competition advocacy* in vari Paesi e trae indicazioni su strategie e strumenti utilizzabili per futuri interventi. Il rapporto ha messo in evidenza tre elementi di complessità che le autorità si trovano ad affrontare. In primo luogo, non sempre gli atti regolatori relativi a mercati interessati da innovazioni dirompenti tengono in debita considerazione la tutela della concorrenza. Di qui la necessità che le autorità di concorrenza intervengano per evidenziare la necessità di raggiungere un equilibrio tra il perseguimento di obiettivi di interesse generale - quali la tutela dei consumatori o la sicurezza - e la creazione di un contesto pro-concorrenziale che non ostacoli l'ingresso e

⁹⁰ <https://www.ccs.gov.sg/-/media/custom/ccs/files/media%20and%20publications/publications/occasional%20paper/final%20icn%202016%20special%20project%20report%20on%20government%20advocacy%20and%20disruptive%20innovations.ashx>

CAP. II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

l'espansione di imprese innovative ed efficienti. In secondo luogo, non sempre le autorità di concorrenza dispongono di informazioni approfondite sull'impatto delle innovazioni dirompenti; per contribuire in modo pertinente e appropriato, è dunque cruciale che le autorità si impegnino nell'analisi dei settori più innovativi, anche mediante indagini di mercato. Infine, non raramente gli sforzi di *competition advocacy* devono misurarsi con una pressione politica sfavorevole e con atteggiamenti difensivi a opera delle imprese minacciate dall'innovazione. Le autorità di concorrenza devono quindi gestire in modo efficace il rapporto con i regolatori e ribadire pervicacemente i benefici derivanti dalla concorrenza e dall'innovazione.

La promozione di una cultura della concorrenza è l'obiettivo sotteso anche a un secondo documento ICN approvato durante l'ultima Riunione Plenaria, il *Market Studies Good Practice Handbook*⁹¹. Preso atto della crescente rilevanza internazionale delle indagini conoscitive settoriali, i cui esiti sono spesso utilizzati dai governi nell'elaborazione di riforme economiche, il documento illustra alcune fasi in cui un'indagine conoscitiva dovrebbe articolarsi. La prima fase corrisponde all'identificazione e selezione dei settori che meritano di essere analizzati, alla luce delle questioni concorrenziali sottese e delle priorità stabilite dall'autorità di concorrenza. La seconda fase riguarda la determinazione dell'ambito di approfondimento e la pianificazione dell'indagine. Segue la terza fase in cui si identificano gli *stakeholder* più rilevanti, che possono fornire importanti contributi informativi. Il coinvolgimento degli *stakeholder* in una quarta fase è poi reso possibile attraverso l'annuncio ufficiale dell'iniziativa. La quinta fase, la più prolungata, consiste nella raccolta ed elaborazione delle informazioni, che infine confluiscono nel rapporto conclusivo. L'ultima fase è la valutazione dell'indagine conoscitiva, basilare per garantire un progressivo incremento dell'efficacia delle indagini conoscitive. Per ciascuna delle fasi menzionate, il documento dell'ICN propone indicazioni e suggerimenti, sulla scorta dell'esperienza sviluppata dalle autorità di concorrenza.

L'Autorità italiana ha anche coordinato, per conto dell'ICN, il *Competition Advocacy Contest*. Si tratta di una competizione aperta a tutte le autorità del mondo, promossa e gestita congiuntamente da ICN e Banca Mondiale, che mira a selezionare i più efficaci esempi di promozione della concorrenza. Il tema generale del *Contest*, incentrato sulla creazione di una cultura della concorrenza a sostegno della crescita economica, è stato articolato in quattro categorie di concorso: la *competition advocacy* nei mercati innovativi e in rapido sviluppo, l'*advocacy* nei settori chiave dell'economia nazionale per stimolare il commercio, la promozione dei principi della concorrenza nelle politiche pubbliche e industriali, l'impulso alle riforme mediante il coinvolgimento dei cittadini e della società civile.

⁹¹ In attesa di pubblicazione sul sito internet dell'ICN.

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

Nel corso della Riunione Plenaria 2016 sono stati approvati altri due documenti di particolare rilevanza: il *Merger Remedies Guide* e il *Catalogue of Investigative Powers for Cartel Investigations*.

Il *Merger Remedies Guide*, elaborato dal Gruppo di Lavoro sulle concentrazioni, fornisce indicazioni pratiche e principi guida sull'utilizzo delle misure correttive o rimedi nell'approvazione condizionata delle concentrazioni⁹². L'Autorità ha contribuito alla stesura del documento e alla predisposizione di alcuni esempi illustrativi dell'esperienza italiana che si concentrano sulle problematiche legate all'attuazione dei rimedi e al relativo monitoraggio. In effetti, nell'imposizione di rimedi strutturali, le sfide maggiori per le autorità di concorrenza consistono nel selezionare l'acquirente più appropriato (soprattutto nelle economie più piccole), nel preservare il valore economico, e dunque l'appetibilità, del *business* da dismettere nel periodo di ricerca del potenziale acquirente, nell'ottenere l'autorizzazione di tutti gli azionisti coinvolti alla dismissione del *business* (ad es., se quest'ultimo è un'impresa comune). A ciò si aggiunga il necessario monitoraggio richiesto alle autorità che non sempre dispongono di risorse sufficienti per tale scopo.

Il *Catalogue of Investigative Powers for Cartel Investigations*, redatto dal Gruppo di Lavoro cartelli, identifica una lista di poteri investigativi di cui ogni autorità di concorrenza dovrebbe disporre per condurre in maniera efficace ed efficiente indagini relative alle intese orizzontali. Mediante il documento in questione, le autorità di concorrenza aderenti all'ICN hanno evidenziato la necessità di disporre di adeguati poteri di condurre ispezioni e acquisire copia della documentazione rilevante, di trasmettere richieste di informazioni e sentire in audizione le Parti del procedimento e altri soggetti di interesse, disporre di un adeguato programma di clemenza e cooperare con altre autorità, nazionali ed estere. L'elenco di poteri è stato definito in modo da risultare pertinente in differenti contesti normativi e compatibile con sistemi di *enforcement* amministrativo, civile o penale.

La Riunione Plenaria ha anche fornito l'occasione per riflettere sul ruolo che l'ICN è chiamato a svolgere nei prossimi anni. In particolare, l'intento originario di promozione della convergenza tra normative e prassi applicative in materia di concorrenza è divenuto particolarmente arduo con l'aumentare del numero e della varietà dei membri dell'ICN, in termini di contesto giuridico di riferimento, assetto istituzionale e stadio di maturità. Nel contempo, l'ampliamento dell'organizzazione ha reso più insistente la richiesta di assistenza tecnica e formazione a beneficio delle autorità di più recente costituzione.

⁹² Il documento, *Merger Remedies Guide*, è disponibile sul sito internet dell'ICN alla pagina: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1082.pdf>

CAP. II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE)

Nel 2016, il Comitato Concorrenza dell'OCSE ha proseguito la propria attività di approfondimento delle tematiche relative al diritto e alla politica della concorrenza al fine di promuovere la convergenza e la cooperazione tra i Paesi membri. In particolare, nel corso della riunione di giugno, il Comitato Concorrenza ha approfondito alcuni aspetti giurisdizionali dei sistemi di controllo delle concentrazioni. La tavola rotonda dell'OCSE è stata un'occasione per prendere atto che quasi tutti i Paesi OCSE hanno rivisto le soglie di notifica per il controllo delle concentrazioni sulla base di quanto suggerito dalla raccomandazione OCSE nel 2005⁹³, e molti Membri hanno colto questa opportunità per allineare i loro sistemi con le *best practices* internazionali, in particolare in relazione alla necessità che la giurisdizione sulle operazioni di concentrazioni trovi un nesso con gli effetti che l'operazione è suscettibile di produrre a livello nazionale. In effetti, si è notato che le raccomandazioni OCSE riflettono ancora il consenso generale tra autorità della concorrenza e si è rinnovato l'invito ai Membri di continuare gli sforzi intrapresi per una maggiore convergenza verso gli standard internazionali.

L'obiettivo dei sistemi di controllo delle concentrazioni, infatti, è duplice: da un lato, tutelare l'esigenza di far rientrare nella competenza delle autorità il maggior numero di operazioni suscettibili di alterare in modo significativo la concorrenza, dall'altro lato, non imporre costi e oneri eccessivi, sia per le imprese che per le autorità di concorrenza, derivanti da obblighi di notifica preventiva che ricomprendano un numero elevato di operazioni non problematiche dal punto di vista concorrenziale. L'Autorità ha partecipato alla tavola rotonda, illustrando gli effetti della riforma in materia di soglie per la notifica di operazioni di concentrazioni introdotta in Italia a partire dal 2013, tra cui la riduzione significativa del numero delle notifiche di operazioni non problematiche, e sottolineando al tempo stesso alcune criticità sollevate dalla riforma.

Nel corso della riunione di giugno il Comitato Concorrenza dell'OCSE ha affrontato anche la tematica dello strumento degli impegni, utilizzato per chiudere procedimenti antitrust senza accertamento dell'infrazione. Negli ultimi dieci anni, un numero crescente di autorità di concorrenza ha ottenuto tale potere di risoluzione dei casi antitrust; la tavola rotonda ha fatto il punto sulle esperienze finora maturate e ha esplorato gli argomenti a favore e contro l'impiego dello strumento degli impegni, il controllo giurisdizionale delle decisioni antitrust di questo tipo, e il rapporto tra decisioni con impegni e le azioni di risarcimento del danno. I vantaggi dello strumento degli impegni sono essenzialmente connessi a un'accelerazione del procedimento antitrust

⁹³ OECD Recommendation on Merger Review, 23 Marzo 2005, C(2005)34.

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

senza accertamento dell'infrazione a fronte dell'adozione di rimedi correttivi, consentendo di concentrare le ridotte risorse a disposizione delle autorità nel perseguimento delle fattispecie più gravi. Tuttavia, sono stati sottolineati i rischi di un diffuso ricorso alle decisioni di chiusura del procedimento con accettazione di impegni: una riduzione dell'effetto di deterrenza e della certezza giuridica per le parti, in mancanza di una prassi sia applicativa che giurisprudenziale, un progressivo spostamento verso un approccio di tipo regolatorio, e infine un disincentivo a un effettivo sviluppo delle azioni di risarcimento del danno con specifico riguardo alle azioni di *follow-on*.

L'Autorità ha partecipato alla discussione con contributi e interventi che hanno sottolineato gli aspetti salienti della prassi italiana: in particolare, si è evidenziato un utilizzo più limitato delle decisioni di chiusura con impegni negli ultimi anni, nonché un miglioramento delle procedure al fine di preservare le finalità di tale strumento, a seguito della pubblicazione di una nuova Comunicazione nel 2012. In aggiunta, il contributo italiano ha sottolineato l'efficacia delle decisioni di chiusura con impegni nei settori o mercati in rapido cambiamento o fortemente innovativi, come nel caso Booking.com, in quanto tali decisioni permettono da un lato di proteggere gli incentivi ad innovare delle imprese e dall'altro di eliminare la condotta potenzialmente anticoncorrenziale in tempi celeri con l'adozione di impegni su misura.

Nella riunione di dicembre 2016, il Comitato Concorrenza ha approfondito per la prima volta il tema dei *big data*, invitando alcuni esperti e personalità del mondo accademico ad analizzare gli effetti che la crescita esponenziale dell'economia digitale e modelli di *business* basati sulla raccolta e l'elaborazione di grandi quantità di dati (*big data*) possono determinare sulla concorrenza. Tale iniziativa si inserisce all'interno del più ampio programma di lavoro di durata pluriennale intrapreso dal Comitato e dedicato alle questioni riguardanti l'impatto dell'economia digitale e dell'innovazione sulla concorrenza. Le autorità di concorrenza hanno ancora una limitata esperienza di mercati caratterizzati dall'uso dei *big data*⁹⁴. La discussione ha quindi permesso di approfondire quali possano essere gli aspetti maggiormente rilevanti sotto il profilo dell'impatto concorrenziale. In particolare, l'acquisizione della dimensione necessaria per beneficiare di economie di scala e di scopo e per massimizzare gli effetti di rete connessi all'utilizzo di *big data* può potenzialmente portare al formarsi di posizioni di monopolio, rafforzate anche attraverso l'acquisizione di imprese che

⁹⁴ La questione delle grandi banche-dati è finita sotto la lente delle autorità di concorrenza di Francia e Germania che hanno pubblicato nel maggio 2016 un report "*Competition and Big Data*", che propone alcune riflessioni in merito alla rilevanza, sotto il profilo concorrenziale, dei *big data* come fonte di un significativo potere di mercato. Il report è disponibile al seguente link: <http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>

CAP. II - ATTIVITÀ DI TUTELA E PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA

detengono grandi volumi di dati. La discussione ha, inoltre, messo in luce come l'utilizzo dei *big data* possa rilevare dal punto di vista della tutela della *privacy* e della tutela del consumatore. Un altro aspetto rilevante rispetto all'utilizzo di grandi volumi di dati è stato, inoltre, approfondito nel corso di una tavola rotonda sulla discriminazione di prezzo. La disponibilità di dati e la sempre maggiore sofisticazione delle tecnologie aumentano la possibilità, per le imprese, di conoscere le caratteristiche del comportamento dei consumatori e di formulare offerte differenziate. La discriminazione di prezzo, generalmente, non costituisce in sé una restrizione della concorrenza. La tavola rotonda ha, tuttavia, esaminato in quali circostanze possa avere effetti escludenti o distorsivi che alterano il processo concorrenziale.

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

Nell'ottobre 2016 si è tenuta a Ginevra, sotto l'egida dell'UNCTAD, la quindicesima sessione del Gruppo Intergovernativo di Esperti (IGE) di diritto e politica della concorrenza. Tra gli argomenti discussi ha assunto particolare rilievo il tema della *compliance* delle imprese alle regole di concorrenza. La tavola rotonda ha esaminato gli strumenti e le modalità con cui le autorità di concorrenza possono promuovere comportamenti più virtuosi in materia di concorrenza da parte delle imprese, favorendo, tra l'altro, l'adozione di programmi di *compliance*. L'Italia è stata tra i Paesi relatori e ha illustrato le azioni intraprese per promuovere la *compliance* con particolare riferimento a quanto previsto nelle Linee guida sulle sanzioni e alla prassi applicativa adottata in alcuni procedimenti.

223

Cooperazione bilaterale

A seguito del notevole aumento del numero di Paesi che hanno introdotto una legislazione per la tutela della concorrenza, la cooperazione bilaterale tra autorità di concorrenza si è incentrata in misura crescente sull'assistenza tecnica a favore di autorità meno esperte. L'Autorità italiana riceve un numero significativo di richieste di assistenza tecnica, che si sostanziano in attività da svolgere presso le autorità beneficiarie o in visite di studio da tenersi presso l'Autorità.

Nel 2016 l'Autorità ha contribuito a iniziative di assistenza tecnica in Cina e India, nell'ambito di progetti formativi promossi dalla Commissione Europea, che si articolano in *training* di incontro e formazione tra esperti di autorità di concorrenza europee e personale delle autorità beneficiarie. Inoltre, essa è altresì intervenuta a due *workshop* TAIEX, rispettivamente a favore dell'autorità di concorrenza della Georgia e dell'Algeria.

L'Autorità ha, inoltre, preso parte a un seminario di formazione rivolto

RELAZIONE ANNUALE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL 2016

alle Autorità dell'Est Europeo, organizzato dal Centro Regionale per la Concorrenza di Budapest dell'OCSE, e a due incontri del *Sofia Competition Forum*, promosso dall'UNCTAD.

Numerose sono state anche le visite di studio presso l'Autorità da parte di delegazioni straniere. In particolare, sono stati ospitati rappresentanti delle autorità di concorrenza della Serbia, dell'Albania e del Marocco, nonché una delegazione governativa della Tunisia, in cooperazione con l'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Va, infine, evidenziato che l'Autorità ha in essere, sin dal 2000, un accordo di cooperazione bilaterale con l'autorità di concorrenza russa, il Federal Antimonopoly Service (FAS). In tale contesto, l'Autorità ha ricevuto la visita di una delegazione del FAS e ha preso parte a una riunione a Mosca del Gruppo di Lavoro internazionale sul settore farmaceutico, che l'Autorità presiede insieme alla controparte russa. Il rapporto tra le due istituzioni è stato ulteriormente rinsaldato nel settembre 2016 con la sottoscrizione di una Dichiarazione Congiunta per una cooperazione rafforzata, che contempla alcune rilevanti iniziative future, tra cui l'istituzione di gruppi di lavoro congiunti, lo scambio d'informazioni non riservate e l'organizzazione di eventi comuni, anche con il coinvolgimento del mondo imprenditoriale e della comunità scientifica.