ITALIAN CONFERENCE V CONVEGNO NAZIONALE

ASSOCIAZIONE ANTITRUST ITALIANA

23-24 MAGGIO/*MAY* 2019

I PRINCIPALI SVILUPPI NEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA DELL'UNIONE EUROPEA E NAZIONALE

MAIN DEVELOPMENTS IN EUROPEAN AND ITALIAN COMPETITION LAW

ASSOCIAZIONE ANTITRUST ITALIANA

V CONVEGNO NAZIONALE • *V ITALIAN CONFERENCE*

Intese: nuove tendenze nello scambio di informazioni

Mario Libertini, Studio Legale Libertini

Sabrina Borocci, Hogan Lovells

Alessandro Noce, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Pasquale Luca Leonardo, Italcementi S.p.A.

Barbara Veronese, CEG Europe

Lucio D'Amario, Linklaters

Introduzione

Mario Libertini

Condivisione di informazioni e concorrenza

- Gli scambi di informazioni fra imprese possono essere:
- Procompetitivi
- Neutri
- Restrittivi della concorrenza
- L'individuazione degli scambi anticoncorrenziali richiede il ricorso a criteri presuntivi
- La costruzione delle presunzioni. Criteri fondati sulla qualità delle informazioni e criteri di contesto

Diverse categorie di dati e contesto della condivisione

Distinzioni tradizionali:

- Dati storici e dati «prospettici»
- Dati aggregati e dati individuali
- Dati pubblici e dati riservati

Criteri di contesto

- Struttura del mercato
- Coinvolgimento dei vertici aziendali
- Scambi all'interno di un'intesa «unica, complessa e continuata»

Problemi aperti

La costruzione di presunzioni è inevitabile, ma non si può ragionare sulla base di una presunzione di colpevolezza.

In particolare:

- Si possono considerare decisivi indizi isolati a carico di un'impresa, sol perché si inseriscono in una «intesa unica, complessa e continuata», comune a molte altre imprese?
- Si può considerare sufficiente a integrare la partecipazione all'intesa la sola acquisizione passiva di informazioni?
- L'elaborazione condivisa di dati in ambiente digitale richiede regole diverse e più permissive?

Analisi comparativa della giurisprudenza

Sabrina Borocci

Hogan Lovells

Lo scambio di informazioni nella prassi e nella giurisprudenza dell'Unione Europea

Lo scambio di informazioni rilevante ai fini antitrust

- Elementi chiave:
  - ❑**eliminazione /riduzione incertezza** sulle strategie commerciali dei concorrenti (effettivi o potenziali)
  - ❑ **limitazione degli incentivi** di quest'ultimi a competere l'uno contro l'altro.

- Di regola,
  - ❑lo scambio di informazioni disaggregate su prezzi correnti in un mercato concentrato, trasparente, stabile e simmetrico per un prodotto omogeneo può essere vietato;
  - ❑mentre , lo scambio di dati storici, aggregati e non strategici sui volumi di vendita in un mercato frammentato e opaco per prodotti differenziati dovrebbe essere consentito;
  - ❑tuttavia, prevalenza di una zona grigia in cui ogni scambio richiede di essere valutato caso per caso, alla luce delle caratteristiche del mercato e dello scambio stesso.

Le Linee Direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale della Commissione Europea

Lo scambio di informazioni vietato ai sensi dell'articolo 101 del TFUE deve avere come **oggetto o effetto** la prevenzione, la restrizione o la distorsione della concorrenza.

- Si dovrebbe prima prendere in considerazione l'oggetto dello scambio di informazioni nel contesto economico in cui si è verificato. Le restrizioni della concorrenza per oggetto sono quelle che, per la loro stessa natura, hanno il potenziale di limitare la concorrenza.
  - ✓ Gli orientamenti orizzontali del 2010 stabiliscono espressamente che gli scambi di informazioni sulle intenzioni individualizzate delle imprese in merito a comportamenti futuri riguardanti prezzi o quantità (ad esempio vendite future, quote di mercato, territori e vendite a particolari gruppi di clienti) costituiscono restrizioni per oggetto (paragrafi 73- 74). Nel caso di una restrizione per oggetto, non è necessario che la Commissione dimostri un nesso causale tra lo scambio di informazioni e il comportamento sul mercato delle parti interessate (V. COMP/39188 – ***Bananas***, COMP/39406 - ***Marine Hoses***, COMP/38589 – ***HEAT STABILISERS***)
- Lo scambio di informazioni che non limita la concorrenza per oggetto deve essere analizzato caso per caso, confrontando i probabili effetti dello scambio di informazioni con la situazione concorrenziale che prevarrebbero in assenza di tale scambio di informazioni specifico (paragrafo 75).

Qualora si constati che uno scambio di informazioni restringe la concorrenza, esso può tuttavia soddisfare i criteri di esenzione specificati all'articolo 101, paragrafo 3, del TFUE. I criteri di esenzione di cui all'articolo 101, paragrafo 3, impongono alle parti di dimostrare che lo scambio di informazioni:

- ✓ offre guadagni in termini di efficienza contribuendo al miglioramento della produzione e / o della distribuzione o alla promozione del progresso tecnico o economico
- ✓ non impone alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per il conseguimento di tali vantaggi in termini di efficienza
- ✓ offre vantaggi per il consumatore, essendo necessario che i consumatori ottengano una parte equa di questi guadagni di efficienza
- ✓ non offre alle imprese interessate la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale del mercato in questione.

Le Linee Direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale della Commissione Europea

- È improbabile che lo scambio di **informazioni effettivamente pubbliche** (ugualmente accessibili in termini di **costi di accesso** a tutti i concorrenti e ai clienti) costituisca una violazione dell'articolo 101, paragrafo 1. Tuttavia, se i dati scambiati sono «di pubblico dominio», le informazioni non sono realmente pubbliche se i costi connessi alla **raccolta dei dati** scoraggiano altre imprese/clienti a recuperarle. Anche se i dati pubblici sono disponibili, l'esistenza di uno **scambio di informazioni aggiuntivo** può dar luogo a restrizioni sulla concorrenza, se riduce ulteriormente l'incertezza strategica sul mercato e orienta l'equilibrio del mercato verso la collusione (v. Whish and Bailey, *Competition Law*, 2018, Henry, *Benchmarking and Antitrust*, 1993)
- Una restrizione della concorrenza attraverso uno scambio di informazioni può facilitare il coordinamento tra i concorrenti **aumentando artificialmente la trasparenza** del mercato in diversi modi:
  - ❑ raggiungendo un'intesa comune sui termini del coordinamento, che può condurre a un esito collusivo sul mercato. Lo scambio di informazioni sulle intenzioni concernenti la condotta futura è il mezzo più probabile per consentire alle imprese di raggiungere un'intesa comune;
  - ❑ aumentando la stabilità interna di una pratica collusiva sul mercato, ad esempio consentendo alle società coinvolte di monitorare le deviazioni. Lo scambio di informazioni può rendere il mercato sufficientemente trasparente da permettere alle imprese colluse di controllare se le altre imprese si discostano dalla pratica collusiva e, quindi, di sapere quando rivalersi. Entrambi gli scambi di dati presenti e passati possono portare a un tale meccanismo di monitoraggio e consentire alle imprese di colludere su mercati in cui altrimenti non sarebbero stati in grado di farlo, ovvero può aumentare la stabilità di una pratica collusivo già presente sul mercato; o
  - ❑ aumentando la stabilità esterna di una pratica collusiva sul mercato. Gli scambi di informazioni che rendono il mercato sufficientemente trasparente possono consentire alle imprese colluse di monitorare dove e quando altre imprese stanno tentando di entrare nel mercato. Ciò potrebbe anche condurre a forme di preclusione anticoncorrenziale. Sia gli scambi di dati presenti che di quelli passati possono consentire un tale meccanismo di monitoraggio.

La giurisprudenza consolidata dell'Unione Europea

- **Età dei dati**: i dati che sono storici sul mercato hanno meno probabilità di limitare la concorrenza. Ad esempio, è improbabile che i dati storici facilitino il monitoraggio delle deviazioni dalle normali condizioni di concorrenza. Ciò che è storico viene deciso caso per caso e dipenderà dal mercato rilevante. In passato, la Commissione ha ritenuto che i **dati superiori ad un anno** fossero storici (cfr. Caso IV / 31.370, ***UK Agricultural Tractor Registration Exchange***, paragrafo 50)
- **Frequenza dello scambio di informazioni**: più frequente è lo scambio di informazioni, più è probabile che la Commissione ritenga che possa aver portato a una comune comprensione delle dinamiche del mercato e consentito ai partecipanti di monitorare eventuali deviazioni. Tuttavia, in alcune circostanze, a seconda della struttura del mercato e del contesto generale dello scambio, può essere sufficiente uno scambio o una divulgazione **isolati** (cfr. Causa C-8/08 ***T-Mobile Netherlands*** e C-74 / 14 ***"Eturas" UAB e altri***)
- **Scambio di informazioni e terze parti**: una terza parte inattiva nel mercato del cartello (ad esempio, una società di consulenza, una società di ricerche di mercato o **un'associazione di categoria**) può essere ritenuta responsabile del cartello in qualità di facilitatore, laddove la terza parte contribuisce attivamente e intenzionalmente al cartello. Nel valutare se un terzo è responsabile, la Commissione applica i seguenti criteri: il terzo, attraverso la propria condotta, ha contribuito agli **obiettivi comuni** perseguiti dai partecipanti; era a **conoscenza del comportamento** sostanziale pianificato o attuato da altre imprese nel perseguire tali obiettivi, o che avrebbe potuto ragionevolmente prevedere tale comportamento e che era pronto ad **accettarne il rischio**. (cfr. Causa T-99/04 – ***AC Treuhand v Commission***)

1) Commissione Europea

2) AGCM

3) Bundeskartellamt

4) Competition and Markets Authority

5) Autorité de la Concurrence

6) Competition and Consumer protection Commission

7) Consiliul Concurrentei

8) Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Commissione Europea

EUDIM

FATTI

***5 febbraio 1991*:** denuncia da parte di Van Marcke NV contro i 10 membri del gruppo EUDIM (associazione di grossisti di materiali per installazioni)

- I membri di EUDIM svolgevano attività di distribuzione sul mercato all'ingrosso di materiali per installazioni. Questi si possono dividere in tre segmenti:
  - Prodotti idraulici
  - Prodotti per il riscaldamento
  - Prodotti sanitari

  } **Prodotti 'PHS'**

Le condotte in esame:

- I membri di EUDIM avevano concluso un ***«gentleman's agreement»:*** *vietata l'attività sui mercati interni degli altri membri del gruppo*
- I membri di EUDIM hanno **scambiato informazioni riservate** riguardanti *l'approvvigionamento e vendite di prodotti PHS*
  - Scambiando questo tipo di informazioni i membri di EUDIM miravano a rafforzare la propria posizione nei confronti dei fornitori

Posizione di EUDIM:

- **Negato** l'esistenza di accordi territoriali
- **Contestato** il giudizio secondo il quale le disposizioni adottate dai suoi membri (scambio di informazioni) costituivano violazione della concorrenza
  - Tuttavia, EUDIM ha accettato di modificare gli accordi

Posizione della Commissione:

- ***Acquisti PHS:*** le informazioni scambiate tra i membri di EUDIM (sia generali che specifiche) *non costituivano restrizioni alla concorrenza* sul mercato del prodotto
- ***Vendite PHS:*** le informazioni scambiate non limitano la concorrenza quando **generali e non riservate** (es: scambio di opinioni, ricerche di mercato e statistiche comuni)
  - Limita la concorrenza, in particolare su un mercato oligopolistico, lo scambio di **informazioni riservate e specifiche** (es: volumi di vendita e quote mercato)
  - Mercato PHS: **troppo frammentato** per essere considerato oligopolistico

La Commissione ha **accettato le modifiche** proposte da EUDIM e **non ha sanzionato** le società coinvolte.

Trans-Atlantic Conference Agreement ('TACA')

FATTI

5 luglio 1994: le Parti facenti parte del TACA hanno presentato una domanda di esenzione ex Articolo 85(3) CE (ora 101(3) TFUE)

- La Commissione ha stabilito che le Parti hanno commesso numerose violazioni dell'allora articolo 85 CE. Tra queste:

***Lo scambio di informazioni*:**

- ***Articolo 5(1)(f) TACA*:** le Parti hanno concordato lo scambio di informazioni, statistiche ed altri dati collegati ai contratti di servizio da queste conclusi.
  - *Contratto di servizio*:
    - Concluso tra una delle Parti TACA (o dalla Conferenza stessa) ed un caricatore, tramite cui quest'ultimo si impegna a fornire una quantità minima di carico lungo un determinato arco di tempo
    - La Parte TACA interessata (o la Conferenza stessa) si impegna ad applicare un determinato prezzo o una determinata griglia tariffaria unitamente ad un determinato livello di servizio
- **Posizione delle Parti:**
  - Sostenevano che le informazioni oggetto di scambio fossero **pubbliche** (***pubblicazione imposta da legislazione americana***: *'Shipping Act 1984'*)
- **Posizione della Commissione:**
  - **Sanzionato** tale scambio in quanto **lesivo della concorrenza (permetteva il monitoraggio delle condotte dei concorrenti)**

La Commissione ha **escluso** l'applicabilità dell'esenzione ex articolo 85(3) e ha **sanzionato** le Parti per un totale di **ECU273 mln** (per abuso di posizione dominante).

***Cause riunite T-191/98 e da T-212/98 a T-214/98* (30.09.2003)**

- **§1151 e ss:** Il Tribunale ha ribaltato la decisione della Commissione (relativamente alla comunicazione dei contratti di servizio) basando il proprio ragionamento sul fatto che ***le informazioni in esame erano di dominio pubblico a causa della pubblicazione imposta dalla legislazione americana.***

Riciclaggio di batterie per autoveicoli

FATTI

23 settembre 2009-26 settembre 2012: *Campine, Eco-Bat, JCI e Recylex*, intesa per il coordinamento dei prezzi per l'acquisto di batterie per autoveicoli al piombo-acido esauste in Belgio, Germania, Francia e Paesi Bassi

- **Obiettivo intesa:** impedire, limitare o falsare la concorrenza per l'acquisto di batterie al piombo-acido esauste
  - **Fissazione prezzi di acquisto delle batterie** (al fine di provocare una loro riduzione, su base graduale e rispetto ad un determinato arco temporale, o impedirne l'aumento)
  - **Coordinamento delle rispettive condotte** sul mercato.
  - **Scambio di informazioni relative ai prezzi d'acquisto**, comportamento futuro e negoziati con i fornitori
  - **Scambio di informazioni relative a volumi previsti di acquisti**, livelli attuali di stock o livelli di attività
  - **Scambio di informazioni relative ai prezzi offerti** alle imprese di raccolta e rivendita

Lo scambio di informazioni nei c.d. *'contratti di tolling'*:

- ***Accordi di tolling:*** contratti attraverso cui vari clienti inviano le batterie esauste alle compagnie di riciclo, pagano un importo affinché vengano trattate e, infine, ricevono indietro la rispettiva quantità di piombo riciclato
  - Le parti stabiliscono i costi di trattamento sulla base del prezzo del piombo stabilito dalla Borsa Londinese dei Metalli e sulla base dei prezzi medi presenti nel mercato delle batterie esauste
  - La Commissione ha stabilito che ***nessuno scambio di informazioni (al fine del funzionamento di questi contratti) può essere considerato di natura anti-concorrenziale***

La Commissione ha **sanzionato le parti per un totale di €67.6 mln.**

Cemento e prodotti correlati

- **Ispezioni** a novembre 2008 e a settembre 2009 per sospetta violazione dell'art. 101 TFUE da parte di alcune società attive nel settore della produzione e vendita del cemento
- Lunga e approfondita **attività istruttoria** (richieste di informazioni nel 2011 talmente ampie da essere oggetto di impugnazione)
- Preoccupazioni della Commissione tuttavia mai delineate in documenti accessibili al pubblico, mera **chiusura del procedimento ad agosto 2015**
- Preoccupazioni legate a modalità di **circolazione delle informazioni relative agli aumenti di prezzo** praticati dalle Società coinvolte emergono dal contenuto dei ***self-commitments*** informali offerti dalle imprese coinvolte (ma non pubblicati)
- Istruttoria chiusa **senza necessità di impegni giuridicamente vincolanti**

- *A contrario*:
  - decisione della **CMA UK** (aprile 2016) in cui problematiche relative alla trasparenza informativa sono state risolte con impegni giuridicamente vincolanti:
    - Comunicazioni individuali aumento prezzo (no a comunicazioni generiche)
    - Pubblicazione statistiche relative a volumi di produzione e vendita (aggregazione almeno 3 operatori, 'quarantena' almeno 3 mesi)
  - Impegni rigettati e sanzioni imposte da **AGCM** per condotte/trasparenza informativa analoghe (v. *infra*, *slide* 14)

Attrezzature per la sicurezza degli autoveicoli II

- **Sanzione** da 368,28 milioni di euro nei confronti di **Autoliv** e **TRW** irrogata il 5 marzo 2019
- Una terza società, Takata, coinvolta nella collusione, beneficiaria dell'immunità nell'ambito del **programma di clemenza**.
- Le società scambiavano informazioni commercialmente sensibili e coordinavano il loro comportamento sul mercato per la fornitura di cinture di sicurezza, airbag e volanti a due case automobilistiche, Volkswagen e BMW
- Il coordinamento è avvenuto principalmente presso le sedi dei fornitori, ma anche nei ristoranti e negli hotel, oltre che attraverso le telefonate e gli scambi di e-mail

- La collusione relativa alla fornitura di **Volkswagen** è iniziata nel gennaio 2007 e si è conclusa nel marzo 2011, secondo quanto rivelato dall'inchiesta. La collusione riguardante **BMW** iniziò nel 2008 e durò fino al 2010 per Autoliv, e nel 2011 per Takata e TRW.
- Autoliv e TRW hanno beneficiato di una riduzione delle rispettive ammende in virtù della loro **cooperazione** e nel contesto di un accordo con la Commissione, ricevendo rispettivamente una sanzione da 179,38 milioni di EUR e 188,89 milioni di EUR

Procedimenti recenti avviati dalla Commissione Europea

- **31 gennaio 2019, la Commissione europea ha inviato ad otto banche uno *statement of objections* per una presunta alterazione della concorrenza nell'acquisizione e nella negoziazione di titoli di stato europei**
  - La Commissione teme che, in diversi periodi tra il 2007 e il 2012, le otto banche abbiano partecipato a un regime collusivo che mirava a distorcere la concorrenza nell'acquisizione e nella negoziazione di titoli di stato europei ("EGB"). I traders delle banche avrebbero scambiato informazioni commercialmente sensibili coordinandosi sulle strategie di negoziazione. Questi contatti avrebbero avuto luogo principalmente - ma non esclusivamente - attraverso chat room.
- **20 dicembre 2018, la Commissione europea ha inviato uno *statement of objections* a quattro banche accusate di collusione nelle negoziazioni sul mercato secondario delle obbligazioni SSA denominate in USD**
  - Secondo la Commissione in diversi periodi tra il 2009 e il 2009 2015, le banche avrebbero scambiato informazioni commercialmente sensibili e si sarebbero coordinate sui prezzi relativi alle obbligazioni SSA. Questi contatti sarebbero avvenuti principalmente tramite online chat.
- **31 luglio 2018, la Commissione europea ha adottato uno *statement of objections*, senza tuttavia indicare i relativi destinatari, per la sospetta manipolazione dei tassi di cambio (forex) nel mercato delle transazioni in valuta estera**
  - La Commissione ha indagato su sospette manipolazioni del forex sin dal 2011.
  - Decisione 16 maggio 2019 con sanzione di oltre 1bn totali per due distinte condotte collusive:
    - Il c.d. cartello «FOREX THREE WAY BANANA SPLIT»
    - Il c.d. cartello «FOREX ESSEX-EXPRESS»
    - UBS – lienency applicant

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

AGCM AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Assicurazioni vita e previdenza

FATTI

Intesa anticoncorrenziale nel settore delle assicurazioni vita e previdenza per mezzo dei servizi di Iama Consulting

1. Condotta: utilizzo del database Aequos

- ***Aequos*:** database fornito dalla società Iama Consulting e acquistato dalle parti conteneva informazioni su tutti i prodotti assicurativi vita presenti sul mercato
- Le imprese fornivano direttamente a Iama le **informazioni sui propri prodotti**, che venivano poi inserite in **Aequos** e rese accessibili ai concorrenti attraverso il *database*

2. Posizione delle parti

- Informazioni **già disponibili** al pubblico: oggetto di informativa ai clienti e relative a prodotti già in commercio o fuori commercio
- Irrilevante se raccolti direttamente dalle compagnie o attraverso *mistery shopping* (semplicemente, maggiore efficienza)

3. Posizione AGCM

- Flusso di dati forniti **direttamente dalle imprese**
- Interesse e comune volontà delle imprese di condividere coi concorrenti informazioni relative alla propria offerta, **in ottica di collaborazione e non di concorrenza**
- **Informazioni pubbliche ma non di pubblico dominio:** lo scambio è illecito perché ha natura facilitante la collusione, anche se informazioni in sé altrimenti reperibili
- Se le informazioni fossero reperibili senza oneri e con rapidità, verrebbe meno **il senso dello scambio** (di fatto contraddetto il pubblico dominio delle informazioni)
- Informazioni permettono di avere **rappresentazione completa e tempestiva** delle condizioni del mercato riducendo tempi e costi di reperimento

30 settembre 2004: accertamento intesa restrittiva della concorrenza

Rifornimenti aeroportuali 1 / 2

FATTI

Kuwait, Shell, Eni, Esso, Tamoil e Total: fornivano *'jet fuel'* (carburante per aerei) presso gli aeroporti di Milano Malpensa, Milano Linate e Roma Fiumicino avvalendosi delle società partecipate *Hub, Rai, Disma e Seram*

- Le società petrolifere si sono organizzate in due compagini societarie: ***Hub*** (Agip, Esso e Kuwait) e ***Rai*** (Shell, Tamoil e Total)
  - I soci di *Hub* hanno costituito l'impresa comune ***Ram***

Le società coinvolte hanno realizzato un **continuo ed intenso scambio di informazioni** grazie alla loro *partecipazione alle attività delle società comuni:*

- **Coordinamento delle rispettive strategie di gara** per l'aggiudicazione di rifornimenti
- **Adozione di reciproci comportamenti punitivi** a fronte di tentativi di cambiamento dell'assetto del mercato

14 giugno 2006: AGCM ha **sanzionato** le società petrolifere per **€315.4 mnl**

Le società comuni e lo scambio di informazioni tra gli operatori:

1. **Informazioni utili a prevedere il comportamento dei concorrenti** sul mercato, in occasione di gare:
   - **a) Scambio di informazioni sulle quantità di carburante che una società petrolifera ha o prevede di erogare in un determinato scalo in un determinato periodo**
     - Organizzato ed effettuato dai rappresentanti delle Società petrolifere
   - **b) Scambio di informazioni sui c.d. *transfer stock*:** prassi di acquisto, scambio e permute di prodotto tra gli operatori
2. **Informazioni utili al monitoraggio delle condotte dei concorrenti:**
   - **a) Informazioni (non pubbliche) sull'identità dei vincitori delle singole gare di stoccaggio**
   - **b) Scambio di dati sulle quantità di erogato agli utilizzatori e sui clienti** (monitoraggio quote di mercato)
   - **c) Scambio informazioni a cadenza ravvicinata su *'clienti condivisi'*** (clienti con più di un fornitore in uno stesso scalo): monitoraggio quote dei fornitori

Rifornimenti aeroportuali 2 / 2

I RICORSI AMMINISTRATIVI

TAR Lazio, Sez. I, Sentenze del 27.02.2007 n. 1741 - 1745 - 1748 - 1750

- Parti appellanti:

a) *Tamoil Italia S.p.A.*
b) *Eni S.p.A.*
c) *Total S.p.A.*
d) *Kuwait Petroleum Italia S.p.A.*

Decisione:

- TAR ha **annullato** il disposto dell'AGCM nella parte in cui dichiarava *inefficaci gli impegni* proposti dalle Parti
    - AGCM non ha concretamente dimostrato il carattere di *'inefficacia'* attribuito alla rimodulazione societaria prospettata dalle Parti
- TAR ha dichiarato che le **misure strutturali** imposte dall'Autorità fossero **contrarie** al *principio di proporzionalità* (tra effetti concreti della concentrazione e misure imposte), al *profilo della logicità* e della *coerenza*
    - *Sanzioni strutturali:* eliminazione della compresenza di più società all'interno del capitale sociale delle società comuni
        - AGCM ha oltrepassato i poteri riconosciutigli dal Regolamento 1/2003/CE

Scambio di informazioni:

- Le Società petrolifere si sono scambiate **informazioni sensibili**: indicazioni sia sul *comportamento commerciale* futuro sia sulle *condotte in corso*
    - L'accesso ai dati delle società comuni accentuava il **grado di trasparenza** reciproca su:

a) *Condizioni di costo imposte dalle Parti*
b) *Esiti delle gare*
c) *Rispetto delle quote di mercato*

    - I dati scambiati **non** avevano valenza statistica né storica.

Consiglio di Stato, Sentenza del 8.02.2008, n. 424

Scambio di informazioni:

- Il Consiglio di Stato ha ribadito tutte le conclusioni espresse dal TAR Lazio nelle previe sentenze

Decisione:

- Il Consiglio di Stato ha riunito e **respinto** *tutti gli appelli* presentati contro le sentenze del TAR Lazio

Noleggio autoveicoli a lungo termine

FATTI

23 società attive nella fornitura di servizi di noleggio di vetture a lungo termine (NLT) sull'intero territorio nazionale, oltre all'associazione di categoria ANIASA

L'AGCM ha rilevato un possibile **scambio di informazioni sensibili** tra le parti, per il tramite di ANIASA, volto al coordinamento delle strategie commerciali:

- Le società si riunivano per definire la tipologia e le modalità di redazione delle statistiche associative circolate da ANIASA
- ANIASA censiva i dati forniti dagli associati, anche in forma disaggregata, e li faceva circolare. I dati includevano variabili quali **(i) fatturato da NLT, (ii) fatturato da rivendita usato, (ii), fatturato totale, (iii) flotta media (iv) durata media contratti e prezzo medio** al km
- **Reciprocità informativa:** i dati forniti alle imprese circolavano in forma disaggregata tra coloro che li avevano forniti disaggregati

La posizione delle parti:

- **Assenza di contatti** tesi a instaurare una cooperazione anticoncorrenziale
- I dati oggetto di scambio non hanno ad oggetto la fissazione di quantità o prezzi futuri, ma sono **dati storici** e inidonei a condizionare le strategie commerciali delle parti
- Le variabili scambiate **non sono strategiche**. Impossibilità di ricavare informazioni dettagliate sui canoni applicati dagli avversari, ma solo valori medi e mere *proxy*
- Non è dimostrato che esista un procedimento semplice e univoco per giungere alla **determinazione di informazioni strategiche dalle variabili scambiate**
- In alcuni casi, i dati sono **pubblici**
- La finalità delle rilevazioni statistiche era quella di instaurare una proficua **interlocuzione con le istituzioni**

A **marzo 2017** l'AGCM conclude che lo scambio **non è idoneo** a configurare un'intesa restrittiva della concorrenza: '*alcune delle informazioni scambiate tra le Parti … sono informazioni non pubbliche [ma] occorre dimostrare che la riferita condivisione … possiede un sufficiente grado di dannosità per il mercato, in quanto dà alle imprese la possibilità di coordinare consapevolmente i loro comportamenti futuri*' (non verificato nel caso di specie).

Aumento prezzi cemento

FATTI

***2011 – 2016*:** 13 società cementiere italiane e l'associazione di categoria Aitec avrebbero posto in essere intesa avente ad oggetto il coordinamento dei prezzi di vendita del cemento sul territorio italiano, nonché il mantenimento di quote di mercato predeterminate

L'AGCM ha rilevato le seguenti condotte:

- Asserita serie di **aumenti simultanei e di pari entità** del prezzo di listino del cemento nel periodo dal 2011 al 2016
- **Circolazione di comunicazioni tra società concorrenti relative ai futuri aumenti di prezzo**, alimentata anche da soggetti attivi sul lato della domanda
- **Raccolta ed elaborazione di dati mensili** su base geografica sub-nazionale, relativi ai volumi di cemento consegnati in Italia e ai volumi esportati (attività gestita dall'associazione di categoria Aitec con il contributo attivo delle associate, asseritamente strumentale a reciproco monitoraggio quote).

***Posizione delle parti re scambio di informazioni*:**

1. **Informazioni relative agli aumenti di prezzo:** circolazione di comunicazioni relative ad aumenti dei prezzi **di listino**, strumentale a esigenze della domanda
2. **Informazioni circolate tramite Aitec**
   - Statistiche prodotte per supplire ai ritardi del MISE
   - I dati **non** erano di natura sensibile:
     - Si riferivano ai volumi **prodotti** (e non venduti) nelle singole macro-aree
     - Erano raccolti tramite modalità di trasmissione volte a garantirne la **riservatezza** e forniti in forma **aggregata** (6/7 operatori per macroarea)

25 luglio 2017: nonostante le argomentazioni addotte l'AGCM ha sanzionato (alcune delle) parti coinvolte per un ammontare complessivo di **€184 mln**

RC Auto

FATTI

Dicembre 2016*: AGCM avvia un'istruttoria nei confronti di *Generali*, *UnipolSai*, *Allianz*, *AXA*, *Cattolica volta ad accertare una possibile intesa restrittiva della concorrenza in relazione ad alcune ***dichiarazioni pubbliche del management*** dei gruppi Generali e Unipol in merito all'andamento dei prezzi, quali possibili manifestazioni di un'intesa restrittiva della concorrenza nell'ambito dei premi RC Auto

Esempi di **dichiarazioni** su cui si è concentrata l'AGCM:

- *Nel settore RC Auto preferiamo perdere business e non lanciarci in una guerra dei prezzi. Se qualcuno vuole farlo, lo lasceremo fare*
- *Se il mercato continua ad essere irrazionale sul premio medio dell'RC Auto, giocheremo anche noi la nostra partita. La forza patrimoniale delle riserve ci aiuterà comunque a stabilizzare il combined ratio, anche in presenza di dinamiche irrazionali*
- *Sul premio medio noi facciamo le nostre politiche e non facciamo la balia del mercato. Se la gente vuole continuare a vendere in perdita lo farà, noi abbiamo politiche di prezzo allineate a politiche di sviluppo o difesa del portafogli*

Focus anche su **reazione** suscitata nelle altre parti dalle dichiarazioni pubbliche, ad es.:

- *Italian motor price war is over – Unipol's management commented that it is seeing price competition easing in Italian motor, consistent with Generali's comments yesterday. Management commented it expects to see an increase in the average motor premium throughout 2017, albeit average premiums will still likely be down YoY in 1Q17*

9 agosto 2017: AGCM conclude che **non ci sono evidenze di un illecito** (e impegni non necessari). In particolare, non sussiste l'esistenza di un disegno collusivo avente per oggetto e/o per effetto di falsare la concorrenza

Finanziamenti auto

FATTI

20 captive banks appartenenti a gruppi automobilistici e **due associazioni di categoria** (Assilea e Assofin)

scambio di informazioni sensibili relative a **condizioni economiche e contrattuali** da praticare ai *dealers* e ai clienti di autoveicoli (procedimento in corso)

- **Intesa per oggetto** volta al coordinamento delle strategie commerciali al fine di sterilizzare il ruolo del finanziamento come driver concorrenziale per le scelte di acquisto di automobili.
- Secondo AGCM, pervasivo e regolare **scambio di informazioni strategiche** sulle condizioni economiche dei finanziamenti offerti dalle parti

Il l'AGCM ha aperto il procedimento e il **27 settembre 2017** ha disposto un ampliamento dell'istruttoria nei confronti delle società controllanti. L'istruttoria si è conclusa il **20 dicembre 2018** accertando l'attuazione di un'intesa unica, complessa e continuata avente ad oggetto lo scambio di informazioni sensibili relative a quantità e prezzi, anche attuali e futuri.

Lo scambio di informazioni sensibili:

- Condivisione di *form* e di *benchmarking* riguardanti il **tasso base** applicato ai *dealer*, i **tassi di finanziamento**, le **spese** a carico dei consumatori finali e **i volumi**;
- Contatti anche in occasione anche in occasione della predisposizione dei piani *marketing*, nei quali sono programmate le campagne promozionali per l'anno successivo
- Ciò, anche nell'ambito e con l'ausilio delle associazioni **Assilea** e **Assofin.**

Condotte secondo l'AGCM idonee a causare l'alterazione di dinamiche competitive tra le *captive banks* attive in Italia nella fornitura di servizi finanziari per l'acquisto di autoveicoli, con alterazione delle dinamiche di scelta da parte dei consumatori finali sul mercato dell'acquisto di autoveicoli.

Bundeskartellamt

Bundeskartellamt

Produzione di articoli per la cura della persona e della casa

FATTI

Marzo 2004-novembre 2006: 15 società produttrici di prodotti per la cura della persona e della casa facevano parte *dell'associazione di categoria 'Markenband e.V.'* (gruppo di lavoro 'prodotti per la cura del corpo, solventi e detergenti' o 'KWR')

- Meeting organizzati 5/6 volte all'anno: a questi incontri le parti si sono **scambiate informazioni rilevanti sotto il profilo antitrust**. Per esempio:
  - **Incrementi dei prezzi lordi per singoli gruppi di clienti**
  - **Status delle trattative con i propri maggiori distributori e relative richieste**
  - **Struttura delle vendite e dei costi**
  - **Termini di pagamento garantiti ai distributori**

2007: domanda di immunità presentata da Colgate-Palmolive (le parti coinvolte erano: *Colgate-Palmolive, Henkel, Schwarzkopf & Henkel, Sara Lee e Unilever*)

2008 e 2010: estensioni soggettive del procedimento agli altri membri del KWR

18 marzo 2013: il *Bundeskartellamt* ha **sanzionato** le 15 società interessate per un totale di **€63 mln**

Produzione di dolci confezionati

FATTI

2008: domanda di immunità presentata da Mars GmbH (a cui ha fatto seguito Ritter)

Marzo–settembre 2007: accordi sulla fissazione del prezzo delle barrette di cioccolato, sanzione: **€21.7 mln:**

- Kraft e Ritter si sono **scambiati informazioni sugli incrementi dei prezzi delle barrette di cioccolato**, da questi prodotte, programmati per il 2008

Primavera 2006-febbraio 2008: scambio di informazioni rilevanti nel c.d. 'Gruppo delle Quattro Parti'
sanzione: **€21.9 mln:**

- *Mars, Nestlé e Ritter* hanno **coordinato l'incremento dei prezzi** per diversi loro prodotti
- **Scambio di informazioni sullo status delle trattative tra le Società coinvolte ed i propri distributori** e alle richieste di sconti da questi presentate

Fine 2003-inizio 2008: scambio di informazioni *all'interno dell'associazione 'Konditionenvereinigung e.V.'*
sanzione: **€19.6 mln:**

- **Scambio di informazioni sulle negoziazioni con i distributori, condizioni e richieste; incrementi dei prezzi di listino**

Acciai speciali

Procedimento avviato nel novembre 2015, il 12 luglio 2018 il Bundeskartellamt ha inflitto ammende per un totale di **205 milioni di euro** circa a sei società siderurgiche, un'associazione di categoria e altre dieci persone fisiche

- le aziende sono: ArcelorMittal Commercial Long Deutschland GmbH, Colonia, Dörrenberg Edelstahl GmbH, Engelskirchen, Kind & Co. Edelstahlwerke GmbH & Co.KG, Wiehl, Saarstahl AG, Völklingen, Schmidt + Clemens GmbH + Co. KG, Lindlar e Zapp Precision Metals GmbH, Schwerte. L'associazione di categoria interessata è Edelstahl-Vereinigung e.V., che nel frattempo è stata liquidata.
- le indagini su altre quattro società e un'associazione di categoria sono ancora in corso

Le aziende si sono coordinate su **importanti componenti di prezzo** per la vendita di acciaio speciale. Coordinando il calcolo e l'applicazione di ***surcharge*** uniformi su **rottame** e **lega** in tutto il settore e scambiando estensivamente informazioni sensibili, riducendo notevolmente la concorrenza sui prezzi tra loro in un periodo cpmpreso tra il 2004 e il 2015

- tra i prodotti oggetto degli accordi figurano i prodotti in acciaio, in particolare l'acciaio per ingegneria, l'acciaio per utensili e l'acciaio per alta velocità, nonché l'acciaio inossidabile
- questi acciai speciali venivano solitamente venduti in base a un modello di prezzo che consiste del cosiddetto prezzo base e della *surcharge* per determinati elementi, in particolare rottami e leghe. La *surcharge* rappresenta una parte sostanziale del prezzo finale
- **Le associazioni di categoria**, in particolare Edelstahl-Vereinigung e.V., hanno svolto un ruolo decisivo. Le aziende sono state in grado di utilizzare le varie riunioni dell'associazione come piattaforma per l'attuazione degli accordi. L'associazione ha anche svolto un ruolo attivo elaborando e fornendo alle aziende dati per il coordinamento della ***surcharge*** su rottami e lega.

Competition and Markets Authority

CMA Competition & Markets Authority

Cisterne per raccolta dell'acqua

FATTI

***Franklin Hodge, Calglass, KW Supplies, Balmoral Tanks*:** pratica concordata nel settore della vendita di cisterne per la raccolta dell'acqua, prevalentemente a fini antincendio

Il contesto

Lo scambio di informazioni avviene in occasione di un **singolo incontro** tenutosi l'11 luglio 2012, in un contesto di mercato **caratterizzato dalla presenza di cartello di prezzo** tra i concorrenti

- **Balmoral Tanks**, nuovo entrante, porta ad abbassamento prezzi di circa **20%.**
- Numerosi tentativi da parte delle imprese di **includere Balmoral nel cartello**, a cui il nuovo entrante si è sempre opposto
- Prima dell'incontro dell'11 luglio 2012, vi sono stati **incontri tra Balmoral e le altre società** con il fine di convincere Balmoral ad alzare i propri prezzi in linea con quelli della concorrenza
- Tentativi culminati con l'incontro oggetto dell'istruttoria

Lo scambio di informazioni

L'11 luglio 2012:

- Balmoral avrebbe partecipato con lo scopo di **ribadire la propria volontà di competere** e per porre fine ai tentativi di coinvolgimento nel cartello
- Tuttavia, pur rifiutando di prendere parte a condotte anticoncorrenziali, Balmoral durante l'evento ha scambiato **informazioni asseritamente generiche, ma che la CMA ha ritenuto riguardare le attuali e future intenzioni di prezzo**
- Evidenze che le informazioni rivelate da Balmoral abbiano **influenzato le successive condotte dei concorrenti** (telefonate dopo l'incontro da parte di alcuni presenti per dare istruzioni)

Nel **dicembre 2016** la **CMA** ha sanzionato Balmoral per **£130.000** (non le altre imprese in quanto già sanzionate per il cartello in materia di prezzi). Impostazione confermata da CAT (ottobre 2017).

Autorité de la Concurrence

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
Autorité de la concurrence

Noleggio automobili

FATTI

***Europcar, Avis-Budget, Hertz, Citer, Sixt e Ada*:** intesa anticoncorrenziale nel settore del noleggio automobili in 12 aeroporti francesi

Lo scambio di informazioni

- Le autorità aeroportuali richiedevano la **fornitura di dati e informazioni commerciali** su base mensile alle compagnie di noleggio per il calcolo delle tariffe
- In cambio, ciascuna parte **riceveva dalle autorità le informazioni fornite dalle altre**
- Informazioni riguardanti **fatturati mensili, numero di contratti mensili, quote di mercato e valore medio dei contratti**

Possibili violazioni della concorrenza

L'Autorité aveva postulato l'esistenza di un coordinamento volto a:

- Il **mantenimento delle quote di mercato**
- La **definizione delle strategie commerciali** in maniera concertata

La rilevanza delle informazioni

L'Autorité ha valutato i seguenti aspetti:

- Idoneità delle informazioni scambiate a **ridurre l'incertezza strategica** sul mercato, sulla base della struttura del mercato e della natura delle informazioni:
  - Le informazioni venivano distribuite **in maniera aggregata**, senza distinguere tra privati e clienti professionali, che costituiscono due mercati diversi
  - Nessuna delle Società coinvolte ha **adattato il suo comportamento** in conseguenza allo scambio (quote di mercato non stabili come postulato dall'Autorité, e pricing effettivo non in linea con l'ipotesi di coordinamento)

Febbraio 2017: l'Autorité conclude che **le informazioni scambiate non avevano natura strategica** e non erano idonee a falsare la concorrenza : *«Le terme stratégique vise ici la capacité des entreprises à adapter leur comportement concurrentiel sur le marché en fonction des informations reçues. Il ne se déduit donc pas de la seule nature des informations échangées mais s'apprécie au vu du fonctionnement concret du marché et des circonstances spécifiques à l'espèce.»*

Competition and Consumer Protection Commission

CCPC Coimisiún um Iomaíocht agus Cosaint Tomhaltóirí | Competition and Consumer Protection Commission

Associazione ristoranti d'Irlanda

- La Commissione per la tutela della concorrenza e dei consumatori (CCPC) ha avviato un'indagine nella conduzione dell'Associazione dei ristoranti d'Irlanda (RAI). L'indagine segue diversi mesi di interlocuzioni con la RAI, durante i quali l'associazione non ha proposto soluzioni ai problemi identificati dalla CCPC
- Nel gennaio 2018, la CCPC accertò le dichiarazioni pubbliche fatte dalla RAI, mediante le quali l'associazione raccomandava ai suoi membri l'introduzione di politiche di *booking*, incluso l'ottenimento di depositi non rimborsabili dai clienti per neutralizzare le prenotazioni «*no show*», suggerendo, infine, un importo a titolo di deposito che avrebbe dovuto essere richiesto ai clienti
- Un'associazione di categoria non deve tentare di coordinare la condotta dei suoi membri, ad esempio, consigliando, raccomandando o suggerendo ai suoi membri i termini e le condizioni in base ai quali deve essere fornito un servizio, o il prezzo che dovrebbe essere richiesto
- L'associazione non è riuscita, ad oggi, a neutralizzare le preoccupazioni della CCPC e l'inchiesta è in corso

Consiliul Concurenţei

CONSILIUL CONCURENȚEI ROMÂNIA

Agenzie di viaggio

- Il 14 gennaio 2019, il Consiglio della concorrenza della Romania (CC) ha sanzionato 13 agenzie di viaggio e l'associazione nazionale di categoria delle agenzie di viaggio (ANAT) con una multa di RON 11.419.539 (EUR 2,45 milioni) per uno scambio di informazioni sensibili
- È stata la prima indagine basata su un reclamo anonimo registrato sulla piattaforma antitrust online *whistleblower*
- Il CC ha rilevato che la collusione tra agenzie turistiche è avvenuta tra giugno 2013 e settembre 2016 e ha avuto ad oggetto il prezzo dei pacchetti di viaggio
- I membri del cartello hanno limitato o eliminato le campagne promozionali che offrivano sconti o prodotti gratuiti
- Il CC ha anche scoperto che i cartellisti si dividevano tra di loro i posti di volo charter per limitare artificialmente l'offerta e aumentare il prezzo di vendita.
- Mentre l'ANAT, tra settembre 2012 e aprile 2016, ha vietato ai suoi membri di offrire sconti sulle commissioni ottenute nell'ambito dei contratti di rivendita con i tour operator.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

CNMC
COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Gare manutenzione delle strade

- 9 aprile 2019, avviata indagine da parte della CNMC su diverse società attive nel mercato della costruzione e manutenzione delle strade, in merito a presunte attività di **bid-rigging** e **scambio di informazioni sensibili**
- lo scambio sarebbe avvenuto dal 2014

Combustible solido

- 12 marzo 2019, avviata indagine nei confronti di 7 società attive nella commercializzazione di coke metallurgico, coke di petrolio, carbone, antracite, agenti schiumogeni e *recarburizers*
- le imprese indagate sono **Toro y Betolaza, Félix de Inchaurraga**, **García Munté Energía**, **Grafitos Barco, Candel Energía**, **Cementos Tudela Veguín e Capex CGC**.
- lo scambio di informazioni commercialmente sensibili sarebbe avvenuto dal 1999 fino ad almeno il 2018

La prospettiva dell'enforcement - By Object or By Effect ?

Alessandro Noce

Responsabile Direzione agroalimentare, farmaceutico e trasporti

Scambio di informazioni

- **Approccio giuridico**
- L'evoluzione della giurisprudenza
- Scambio di informazioni restrizione autonoma della concorrenza
- Restrizioni per oggetto vs per effetto
- **Approccio economico**
- Teoria economica della collusione
- Ruolo della comunicazione tra imprese nella sostenibilità di strategie *self enforcing* di premio/punizione
- **In ogni caso esame di tipo definitorio/sistematico sulle caratteristiche dello scambio**

Prospettiva di analisi

- **L'esperienza di AGCM sul tema scambio di informazioni risente di questa complessità**
  - Tre casi recenti (Cemento, Captive Banks, autonoleggio a lungo termine)
- **La prospettiva scelta per analizzare i tre casi più recenti**
  - Fornire una risposta alla domanda: **perché le imprese – o le associazioni di categoria – hanno deciso di istituzionalizzare lo scambio di informazioni** ?

I casi affrontati

- Due casi di accertamento dell'infrazione (cemento, captive banks) uno di non accertamento (NLT)
- Settori oligopolistici; quasi totalità del mercato coinvolta nello scambio
- Un caso (cemento) di bene omogeneo, due casi (captive banks e NLT) di beni fortemente differenziati
- In due casi (cemento e captive banks) scambi bilaterali e multilaterali tra aziende ed anche attraverso l'associazione di categoria; nel caso autonoleggio gli scambi solo attraverso l'associazione di categoria
- In due casi (cemento e captive banks) gli scambi tra aziende riguardano anche i prezzi di vendita del prodotto (storici e futuri)

Le risposte alla domanda: perché lo scambio ?

- **Presenza di una o di molteplici risposte alla domanda**
  - **emerge una finalità aziendale sottesa all'istituzione di un meccanismo (spesso complesso e costoso) di comunicazione informativa tra imprese concorrenti.**
- **Nessuna risposta ragionevole alla domanda**
  - Chi valuta lo scambio ai sensi della normativa antitrust si trova davanti alla difficoltà di non avere una motivazione aziendale forte che giustifica l'istituzionalizzazione dello scambio di informazioni
- **Si tratta di una sorta di prova logica inversa**

Il caso Cemento (1)

- Incrementi paralleli e concertati dei prezzi di listino tra il giugno 2011 ed il gennaio 2016 tramite annunci contestuali di modifica futura dei prezzi (invio massivo di comunicazione alla clientela);
- Contatti precedenti e successivi tra cementieri con riferimento alla comunicazione al mercato degli aumenti; monitoraggio dell'avvenuto invio dei listini sulla base degli aumenti pattuiti anche attraverso l'associazione di categoria;
- Scambio tempestivo (mensile) di informazioni sui volumi tramite associazione di categoria AITEC
  - AGCM : Lo scambio in sede AITEC di dati aggregati per macro-area consente di inferire i dati disaggregati

Il caso Cemento (2)

- **Perché le imprese hanno istituzionalizzato lo scambio AITEC?**
  - **Perché i pre-esistenti dati MISE non avevano la tempistica adeguata per consentire un efficace monitoraggio delle altre due parti dell'unica intesa complessa individuata**
- Scambio di informazioni da solo non avrebbe rappresentato una restrizione all'articolo 101 TFUE
- cfr decisione CdS (Italcementi) §16.4
  - *si può dire che l'illecito fosse non nelle statistiche, ma nello scopo che si prefiggeva chi le creava e le utilizzava*

Il caso Captive banks

- Scambio di informazioni (bilaterale, multilaterale, tramite associazione di categoria)
- Dati (prezzo e volume) disaggregati (anche a livello di singolo marchio), futuri e/o a storicità limitata (trimestre);
- Informazioni non pubbliche e non accessibili
- **Perché le imprese istituzionalizzano lo scambio di informazioni ?**
  - per fornire a tutti i partecipanti elementi per definire le proprie politiche marketing tenendo conto dei (recentissimi) risultati effettivi e del comportamento dei concorrenti
    - (evidenze documentali)

Il Caso NLT (1)

- Tre database (annuale, trimestrale, mensile)
  - annuale e trimestrale molto profondi e disaggregati
  - mensile poco profondo e con dati aggregati.
  - alcune informazioni non pubbliche con tale dettaglio e disaggregazione
- Dati oggetto dello scambio ANIASA:
  - fatturato da contratti di noleggio; fatturato da rivendita usato; immatricolazioni
  - noleggi a fine anno; flotta media in noleggio a lungo termine;
  - fatturato medio/mese (euro); prezzo medio al km del noleggio;
  - durata media dei contratti di noleggio (mesi); chilometraggio medio/anno;
  - dipendenti;

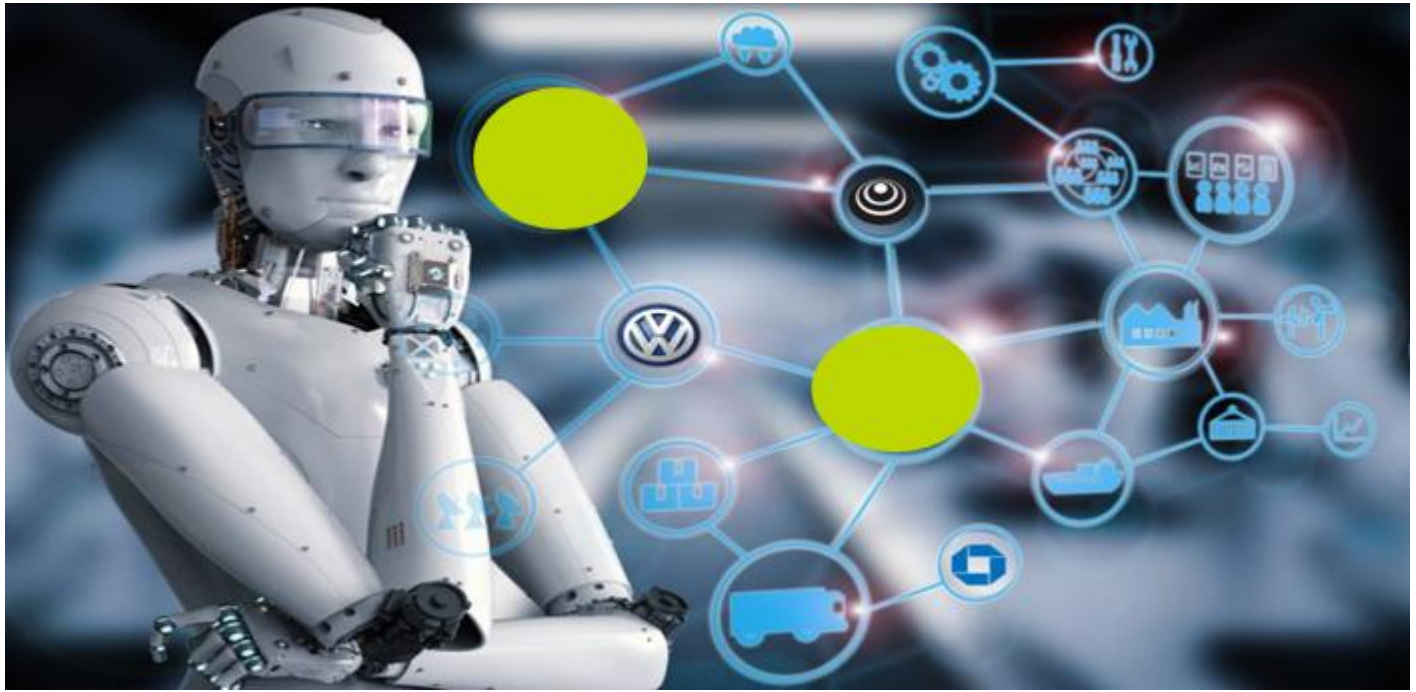
Il Caso NLT (2)

- **Perché le imprese hanno deciso di istituzionalizzare (solo in ambito associativo) lo scambio ?**
  - Le imprese hanno fornito risposte insoddisfacenti (interlocuzione con le istituzioni, *benchmarking* del mercato con finalità procompetitive…)
  - **AGCM non è stata in grado di dimostrare l'esistenza di altre risposte alla domanda**
    - Evidenze a fascicolo non hanno consentito di dimostrare che dallo scambio ANIASA fosse possibile giungere alla determinazione delle tre variabili che portano alla formulazione dei canoni di noleggio **(valore dell'auto, costo del denaro, costo dei servizi accessori)**
    - no connessione diretta o indiretta tra la conoscenza dei dati scambiati e la definizione delle politiche commerciali

Nuove tendenze (cenni) ?

- Sempre più sfumato l'elemento soggettivo (incontro delle volontà) sotteso allo scambio
  - AI
  - Piattaforme di transazione
- In prospettiva sarà sempre più difficile dare una risposta alla domanda: perché lo scambio ?
  - GDPR e portabilità dei dati: possibile contrasto tra tutela della privacy e tutela della concorrenza
- **Necessità di una valutazione maggiormente «oggettiva» ?**

By Object or By Effect ?(la vendetta…..)



Prospettiva concreta dell'impresa

Avv. Luca Leonardo
(Italcementi S.p.A.)

1. La collusione tramite lo scambio di informazioni non è una novità, è uno dei temi più ricorrenti ma tradizionalmente più controversi

2. Da un lato, la Commissione non si dimostra contraria e la dottrina unanimemente converge sul fatto che condividere informazioni non sia , di per sé, una violazione

3. Dall'altro lato le AA adottano un approccio severo e oltremodo restrittivo, nonostante la materia si presti ad ambiguità

4. Non è spesso chiara la percezione, da parte degli operatori economici, circa le condotte da poter tenere senza incorrere in un'interpretazione sfavorevole

1. Tradizionalmente si insegna che “le informazioni commerciali sensibili tra concorrenti” sono vietate!

2. L’ottica di un’impresa forse è la seguente: “se scambiare informazioni non è di per sé vietato, quali posso condividere e con quali modalità senza timore di violare la normative antitrust?”

3. Per un’impresa la “black area” è chiara: scambiare informazioni su prezzi, condizioni commerciali, strategie, volumi, soprattutto se individuali e attuali o future è un illecito

4. Per tutto il resto, nonostante Linee Guida comunitarie e casistica, c’è incertezza

Incertezza perché la liceità o meno dipende da numerosi parametri, non facilmente identificabili e comprensibili da un operatore, e dalla loro combinazione nel caso specifico:

- Caratteristiche del mercato

- Caratteristiche delle informazioni: oggetto (sensibilità), aggregate vs individuali, pubbliche vs private

- Caratteristiche dello scambio: storiche vs attuali, frequenti vs sporadiche

La discrezionalità delle AA in questo campo è massima!

1. Il tema è controverso perchè è il riflesso di una questione centrale della politica di concorrenza: restrizione per oggetto (approccio strutturale/per sè) o restrizione per effetto (approccio economico – theory of harm)?

2. Il tutto ha un evidente riflesso sul piano probatorio

3. Le AA sembrano sposare, anche su tale tema, un approccio rigido e restrittivo, ribaltando sull'impresa l'onere di dimostrare il contrario oltre ogni ragionevole dubbio.

4. Occorrerebbe invece un rafforzamento del percorso logico argomentativo, un più approfondito scrutinio del contesto giuridico ed economico, per sostenere l'illiceità, alzando l'asticella dell'onere probatorio in capo all'AA: assistiamo invece ad un affievolimento.

Nel mondo reale, e non teorico, le informazioni di mercato possono circolare e spesso in modo naturale, attraverso canali leciti come clienti, fornitori o intermediari. Questo ha un effetto spesso pro-concorrenziale, pur potendo accrescere la trasparenza del mercato.

Le Associazioni di categoria ed i loro studi statistici sono facilmente censurabili, in assenza di un'analisi concreta degli effetti sulle dinamiche competitive

Le AA tendono ad assumere un atteggiamento oltremodo punitivo qualificando come strumentali (ancillary) ad un'infrazione anche informazioni ricevute "indirettamente", ordinariamente accessibili in un normale mercato concorrenziale, incapaci di svelare variabili strategiche o di influenzare i prezzi reali, senza un apporto causale concreto all'infrazione principale.

Rilievi economici

Barbara Veronese

CEG

Metodo sineddoche: valutazioni su elementi specifici di dettaglio di casi italiani per una impressione complessiva

Dalla torre di osservazione «canonica» economica impressione è che

1. AGCM sia molto restrittiva nei confronti di cosa è lecito per una azienda
2. AGCM non si ponga sempre e convintamente domande su efficienze, esigenze informative, governo dell'incertezza, produzione, catene di valore coinvolte
3. AGCM sia, da questo punto di osservazione, imprevedibile nelle sue conclusioni
   - Aspetti fattuali importanti in chiave economica sorvolati, deviazioni dalla matrice concettuale economica («*checklist*») e modelli. Domanda: per migrare a quale altro paradigma?
   - *Imprinting* economico usato selettivamente /a volte contraddittoriamente
4. Si creino le condizioni per maestosi cortocircuiti con il *private enforcement*

1) NLT - niente violazioni, ma restano perplessità

1. Procedimento di durata considerevole: dati ritenuti non pubblici, assente dannosità - effetto
2. NLT difficilmente un mercato rilevante, identificato dal principio di sostituzione. Tutti i modelli invece sono su un mercato, non sotto segmenti ! Non oligopolio, non stabile, evidente rivalità nel mercato, differenziazione prodotto, «complessità» del prodotto
3. A valle quale domanda e quale performance del prodotto? Ordini piccoli, volumi meglio del mercato nel complesso, in via di evoluzione (espansione componenti valore aggiunto), clienti in *multi-homing* e concreti segni di *buyer power* (tipo gare, contratti, selezioni)
4. Tanti dati su volumi tagliati in maniera diversa e frequenti, ma, insomma, solo una matrice *output* da portafogli prodotti già venduti o recentemente venduti per marchio, classi clientela. Assenti: dati futuri; prezzi; nemmeno ricavi unitari correnti. Presenti dati su rischi
5. Giudicandoli con lenti economiche non si capisce il grado di preoccupazione e profondità indagine. Inoltre ex post sappiamo che NLT ha giocato un ruolo nell' I811 (lettura *contro* le parti), logica della «consapevolezza» anche se poi «avevano ragione» le aziende a stupirsi?

2) Vending – i dubbi legati alla geografia dello scambio

1. Fattuale (evidenze fornite durante il procedimento) contro la consueta «checklist»
   - Domanda frammentata, requisiti minimi o medi assolvibili da decine di fornitori parterre concorrenti diverso per regione-provincia; Marcata disomogeneità dell'impronta geografica delle «aziende top»
   - Marcate differenze di prezzo territoriali a parità di tecnologia e offerta
2. … tanti indizi concordi su mercati locali dunque?
3. Scambi «locali» e parziali : in particolare alcune occasioni in cui fornitori concorrenti cercano di bilanciare posizioni (mi hai tolto una macchina di là, la vendo io di qua)
4. Tavolo comune o benchmarking statistico ricorrente non c'è… manca un collante, se non nell'aumento IVA
   - Condizioni per trasparenza del mercato, per effetti, quieto vivere? Davvero dubbio
   - E proprio sull'IVA - Lettura impossibile dell'equilibrio economico (Iva sale, prezzo scende?), e mancata lettura delle implicazioni di un ribaltamento al 100 per cento

3.a) Cemento. Son davvero fungibili listini e prezzi?

1. Divergenza intra europea: CMA ha speso decine e decine di pagine su un rigido. In Italia mercato assai più dinamico - non oligopolio. Lettura duale CMA e AGCM alia dà la cifra della distanza
2. Mercato italiano non passa la «checklist»: Capacità produttiva largamente sovrabbondante e legata a costi non evitabili – impianto fisso deve andare (non è costo affondato)
3. Letteratura: rivalità per la domanda, collusione difficile, bene omogeneo ok ma la prossimità agli impianti varia e la densità degli impianti pure; prezzo copra i costi medi unitari di produzione
4. Evidenze: nessuno scambio/ annuncio sui **prezzi** per la clientela finale. Sono **listini pubblici** ben diversi e non in rapporto fisso con i prezzi. Prezzi sotto costo, prezzi diversi e persistentemente tali tra concorrenti, prezzi diversi per zone, sconti. Il *welfare* lo fa il prezzo (maggiore al costo)
5. Annunci di «un incremento» quindi (poi da misurare se e quale variazione di prezzo) non ha alcuna funzione? È evidente in atti nelle corrispondenze pressione dal mercato a valle per sapere in anticipo di possibili aumenti (email dal tenore perspicuo, e «indicizzazione» formale o tipica nei contratti a valle). AGCM non vede queste prove, non qualifica «invio massivo» dopo osservazioni delle parti, e punta tutto su AITEC –stampella di monitoraggio volumi e i giudici…

3.b) Che dice il C.d.S. sul monitoraggio e le statistiche?

N. 08545/2018 REG.PROV.COLL N. 10908/2017 REG.RIC.

«*assume un particolare rilievo il ruolo di Aitec (Associazione italiana tecnico economica del cemento, che, dal 1959, è organo di rappresentanza dell'industria cementiera nazionale e alla quale aderiscono imprese che rappresentano l'85% del mercato nazionale del cemento), la quale, nel periodo di svolgimento dell'intesa, ha diffuso elaborazioni statistiche sulle consegne, elaborato le statistiche Mise fino a quando le stesse sono state disponibili e predisposto autonome raccolte di dati per garantirne la tempestiva diffusione*»

«tali dati, inoltre, sulla base di algoritmi cosiddetti "outlier", consentivano alle singole imprese di evidenziare eventuali performance anomale nelle aree di riferimento, sintomatiche di comportamenti non in linea con la linea condivisa, e ciò dequota l'argomentazione secondo cui le tabelle non avrebbero avuto utilità anticompetitiva in ragione del fatto che erano costruite per dati aggregati»

[NB qualunque fosse la «linea condivisa» i dati mostrano traiettorie di quote vendita mai comuni]

3.c) Cemento. Fattualmente, quali volumi erano noti?

1. Mai comunicate quote di mercato individuali (per geografia rilevante). Cortocircuito teorico se son dati per il monitoraggio (di quale mercato e come)?
   a) dati di produzione aggregati (e non dati di vendite), ripartiti per macro regione e non su base nazionale (ma mercato nazionale o no?)
   b) «algoritmo» che funziona al contrario, aiuta a deviare dalla linea non visti anziché aiutare il cartello a funzionare – letto il modello al contrario (libri di testo: *monitoring*? Deve dare evidenza AGLI ALTRI, del fatto che un partecipante «bari»)
2. Mancata verifica sulla prova: mai visto come funzionasse l'algoritmo, descritto come un elemento quasi di Intelligenza Artificiale . Subito obiettato, senza mai aver prova smentita, che fosse una banale funzione di un foglio di calcolo. Eppure su tale cruciale elemento si decide in Consiglio di Stato. AITEC: in funzione per soli 3 mesi, per deviazioni rispetto a sé del 30% , *no alert* altri, no immediate feedback
3. Nel mercato c'è evidenza coerente con tutto questo ipotetico apparato?

4.a) Finanziamenti auto – lontani dalla checklist

1. Autorità: *leasing* finanziario e finanziamenti finalizzati alle auto nello stesso mercato. Fuori: finanziamenti personali e NLT. «Compartimento» *in – out* legato all'esser *captive*
2. Dubbio mercato in base al principio di sostituibilità economica ed evidenze
3. Dati scambiati eterogenei e di frequenza variabile, intermittenza, senza dati futuri. Perimetro dei soggetti che scambiano diverso e variabile. Ma AGCM non va per effetto
4. Le parti (o AGCM stessa con alcuni dati) provano la mancata aderenza alla «*checklist*»: larga variabilità tassi nel tempo, per zona, per *dealer*, «esterni» al gruppo sotto scrutinio sono soggetti potenti e concorrenti, *shock* esogeni lato domanda, incentivi all'espansione (no vincoli capacità) e reale espansione conseguita, contrazione margini, instabilità della struttura del mercato, quote, *benchmarking* internazionale favorevole, non convergenza tassi e offerta prodotti . Tema centrale sulla debole o nulla concorrenza : *captive* non in sovrapposizione

4. b) Finanziamenti auto – tenuta teoria economica?

1. Tesi AGCM: una aggregatissima media storica del tasso venduto *al cliente finale* elimina incertezza su strategie commerciali future e aiuta a colludere, altrove, tasso al *dealer.* Al contempo, il consumatore è beneficia decisamente dalle strategie *low profit* delle *captive*
2. Primo cortocircuito: colludo come gruppo di banche per alzare i tassi, ma sbanco il mercato. I concorrenti no *captive* beneficiati dalle manovre BCE già nel mercato stanno a guardare
3. Secondo salto logico: come lo scambiarsi dati sul tasso al consumatore fissa ed elimina l'incertezza sul tasso al dealer? Provati casi e contratti in cui il prezzo lo fa davvero il *dealer*
4. Terzo nodo: il tasso medio di ieri è innocuo se scambiato da altri soggetti (anche quando tali soggetti sono 60% del segmento e sono in diretta sovrapposizione tra loro). Il tasso medio scambiato (storico, corrente) è grave tra *captive* diverse per strategia commerciale, prodotti, *target* clientela e anche prezzi, dalla tenue o assente sovrapposizione di prodotto

   Nessun criterio regge al vaglio per separare tutte le captive da tutti gli altri soggetti nel comparto: offerte sì no; tassi alti o bassi; inclusione in gruppi con potenza di fuoco finanziaria; focus prodotto; rinuncia a rendimento; quota di mercato

Lo scambio di informazioni nell'economia digitale: nuove sfide

Lucio D'Amario

Linklaters

1. Scambio di informazioni: la prassi dell'AGCM
2. L'era digitale e il Report della Commissione su "*Competition policy for the digital era*"
3. Gli algoritmi e le nuove frontiere della comunicazione
4. Blockchain e smart contracts
5. Spunti di riflessione

Scambio di informazioni: la prassi dell'AGCM

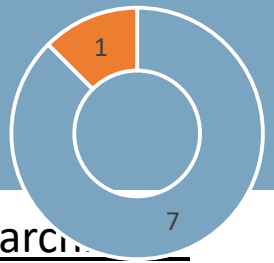
9 CASI AGCM dal 2013 ad oggi:

Il sindacato dei giudici amministrativi

8 sanzionati

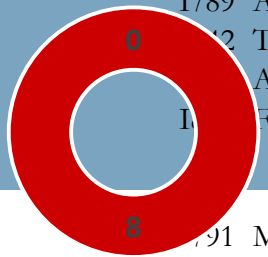
1 arch

Tipologia di scambio di informazioni



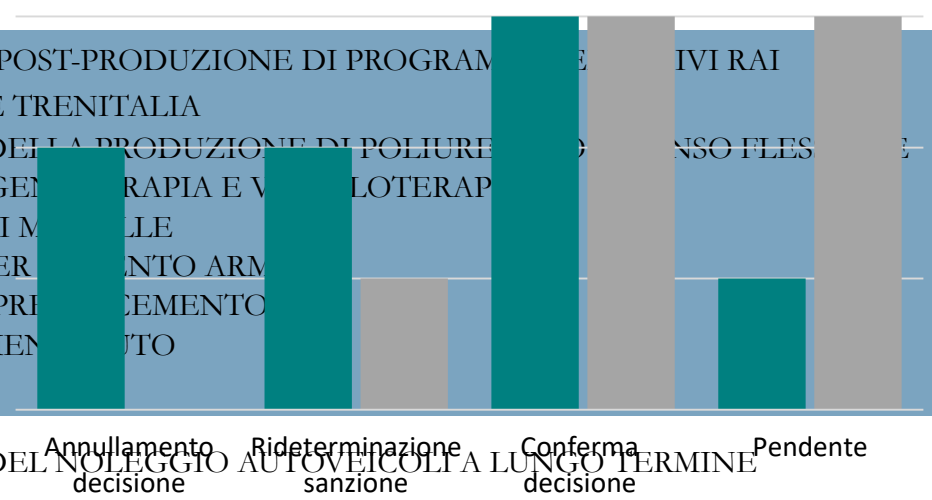
ancillare autonomo

Natura della restrizione



per oggetto per effetto (0)

I771 SERVIZI DI POST-PRODUZIONE DI PROGRAM IVI RAI
I759 FORNITURE TRENITALIA
I776 MERCATO DEL LA PRODUZIONE DI POLIURE NSO FLES
I792 GARE OSSIGEN RAPIA E V LOTERAP
I789 AGENZIE DI M LLE
TONDINI PER NTO ARM
AUMENTO PRE CEMENTO
I FINANZIAMEN UTO
I791 MERCATO DEL NOLEGGIO AUTOVEICOLI A LUNGO TERMINE



L'era digitale e il Report della Commissione su "*Competition policy for the digital era*"

L'era digitale e il Report della Commissione su *"Competition policy for the digital era"*

- AGCM, avvio indagine conoscitiva Big Data IC53 (2017)

«*L'Autorità rileva, quindi, l'essenzialità dei dati per la crescita economica, l'offerta di servizi innovativi, la creazione di posti di lavoro e il progresso sociale. Tale valutazione è coerente con i recenti interventi adottati dall'Unione Europea volti a costituire un'economia dei dati europei al fine di rafforzare e integrare il mercato unico digitale, sostenendo e incentivando la transizione verso una data-driven economy*»

Fonte: Sean R. Nicholson (www.socmedsean.com), "*The big data Challenge*";
AGCOM, *Big data Interim report* (2018)

- EC Report *Competition Policy for the digital era* (2019)
  - Ruolo fondamentale dei dati nell'economia digitale
  - Maggior chiarezza sotto il profilo giuridico antitrust per promuovere la condivisione dei dati (es. data pools)
  - Valutazione del rischio antitrust non può prescindere dalle problematiche connesse alla collusione algoritmica

Gli algoritmi e le nuove frontiere della comunicazione

Gli algoritmi e le nuove frontiere della comunicazione

M. Vestager: «*pricing algorithms need to be built in a way that doesn't allow them to collude*» … «*companies can't escape responsibility for collusion by hiding behind a computer program*»

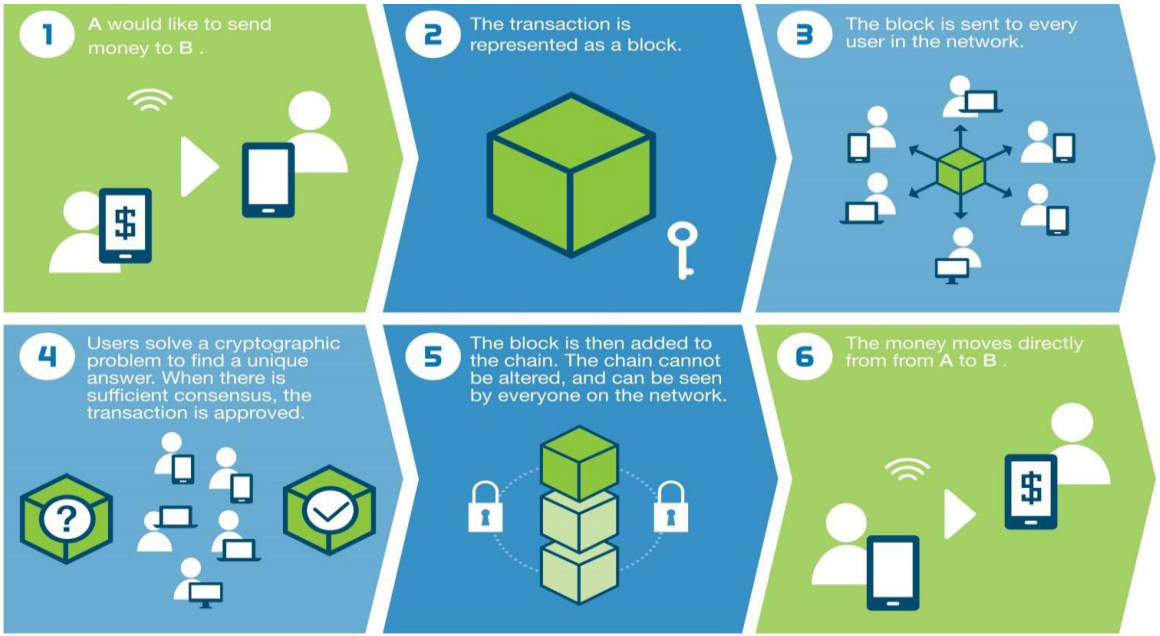
- Raccolta unilaterale (*market intelligence*) vs. scambio di informazioni
- Alta qualità e tempestività delle informazioni reperibili unilateralmente

  «*L'acquisizione e l'analisi just-in-time effettuata tramite l'utilizzo di complessi algoritmi di grandi quantità di dati eterogenei e in continua evoluzione (Big Data) costituisce un aspetto centrale del processo competitivo nell'ecosistema digitale*» (AGCM, avvio IC53)

- Interazione tra algoritmi: quando c'è "*comunicazione*"? Il diritto di reagire *intelligentemente* al comportamento noto o *presunto* dei concorrenti

Bill Baer (Assistant Attorney General): «*[the DoJ] will not tolerate anticompetitive conduct, whether it occurs in a smoke-filled room or over the Internet using complex pricing algorithms*»

Blockchain e smart contracts



Fonte: OECD Issues paper - *Blockchain Technology and Competition Policy* (2018) - Figure 1. Understanding Blockchain – Payment example

Blockchain e smart contracts

Blockchain e smart contracts

- Blockchain: registri digitali di transazioni. Distribuiti, trasparenti, sicuri, immutabili
- Trasparenza e accesso alle informazioni
- Possono nel contempo rendere più opache le operazioni sottostanti?

Spunti di riflessione

- Dato come “materia prima”, circolazione sempre maggiore
- Concetto di contatto/comunicazione tra imprese più sfumato
- Tecnologia può rendere più complessa l’individuazione di condotte anticoncorrenziali?
- Tecnologia ha effetti pro-competitivi importanti. Antitrust deve favorire, non limitare, l’innovazione
- Auspicabile un’interpretazione (più) restrittiva del concetto di restrizione per oggetto, soprattutto in tema di scambi informativi
- Auspicabile maggior ricorso ad analisi 101(3)

Riferimenti bibliografici e casistica

- AGCM, provv. no. 26620 del 30 maggio 2017 di apertura dell'indagine conoscitiva IC53 - BIG DATA: https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12564CE0049D161/0/59255F62EC162CC1C1258137003BB842/$File/p26620.pdf.
- AGCOM, *Big data Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS*, settembre 2018: https://www.agcom.it/documents/10179/10875949/Studio-Ricerca+08-06-2018/c72b5230-354d-444f-9e3f-5467ca450714?version=1.0
- Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, report di Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye e Heike Schweitzer, aprile 2019: http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf.
- OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, giugno 2017: https://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-colllusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf.
- OECD, *Blockchain Technology and Competition Policy - Issues paper by the Secretariat*, giugno 2018: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)47/en/pdf.
- Commissione europea, *Relazione finale sull'indagine settoriale sul commercio elettronico*, maggio 2017: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_it.pdf.
- Autoridade da Concorrência, Issues Paper *Technological Innovation and Competition in the Financial Sector in Portugal*, ottobre 2018: http://www.concorrencia.pt/vEN/Estudos_e_Publicacoes/Estudos_Economicos/Banca_e_Seguros/Documents/Issues%20Paper%20Technological%20Innovation%20and%20Competition%20in%20the%20Financial%20Sector%20in%20Portugal%20-%20Final_Version.pdf.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Market Study on the Impact on Competition of Techonological Innovation in the Financial Sector (Fintech)*, settembre 2018: https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Notas%20de%20prensa/2018/181009%20Market%20Study%20on%20the%20impact%20on%20competition%20of%20technological%20innovation%20in%20the%20financial%20sector.pdf.
- Swedish Competition Authority, report *"Blockchain Technology from a Competition Perspective"*, forthcoming.
- Dutch Competition Authority, Position Paper setting out the strategy in relation to market dominance of internet and technology companies, gennaio 2018: https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2018-02/positionpaper-acm-over-marktdominantie-grote-tech-bedrijven.pdf (in olandese).
- US District Court - Northern District of California, 6 aprile 2015, *USA v David Topkins*. DOJ: https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace.
- CMA, 12 agosto 2016, Caso *50223 - Online sales of posters and frames.* CMA: https://www.gov.uk/government/news/cma-issues-final-decision-in-online-cartel-case.