

Hogan
Lovells



Roma/Milano – 27 giugno 2018

Recentissime

Luigi Nascimbene



Agenda

1) **Approfondimento**

- La proposta di direttiva ECN+: profili di maggior impatto sull'ordinamento italiano
- Focus: domande in forma semplificata

2) **Recentissime in pillole**

- Schema di linee guida sulla *compliance* antitrust
- *Big Data*: informativa preliminare IC53
- *General Data Protection Regulation*
- *Pfizer/Flynn Pharma*

3) **Rassegna di casistica e giurisprudenza**

- Italia (AGCM, TAR, CdS)
- UE (CE, Corte Generale, CGUE)

1. Approfondimento

Iter

- Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati Membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno
 - 9 luglio 2014: comunicazione CE esito applicazione Reg. 1/2003
 - Novembre 2015-febbraio 2016: consultazione pubblica
 - 22 marzo 2017: proposta di direttiva della CE
 - 3 maggio 2017: relazione MSE + osservazioni AGCM
 - **13 marzo 2018: modifiche del PE (testo pubblico)**
 - **30 maggio 2018: accordo "Triologue" (CE-PE-Cons) e accordo su testo finale (non pubblico)**
 - 20 giugno 2018: ratifica formale COREPER
 - ~Autunno 2018: promulgazione
 - ~2020: recepimento

Aree di impatto 1/3

AREA	TEMA	§§ DIRETTIVA
Due process	Durata del procedimento (istruttoria e preistruttoria)	Art.3(3)
Indipendenza	Astensione post-incarico membri del Collegio e degli Uffici	Cons. 15, 15(a); art. 4(2)(c)
	Priorità d'intervento	Cons. 17; art. 4(2)(e)
Poteri di intervento	Accertamenti ispettivi c/o domicili privati	Cons. 25; art. 7
	Misure comportamentali e strutturali	Cons. 27 e 28; art.9

Aree di impatto 2/3

AREA	TEMA	§§ DIRETTIVA
Ammende	Associazioni di imprese: fatturato di riferimento e responsabilità sussidiaria/solidale associate	Cons. 33; art. 14(2) e 13(2)
	Applicazione uniforme nozione di impresa con riferimento alla responsabilità parentale	Cons. 31; art. 12(3)
	Penalità di mora	Cons. 30; art.15
	Trattamento differenziato per PMI	Cons. 32 per valutazione gravità e Cons. 33 per responsabilità solidale per il pagamento di sanzioni dovute da associazioni di imprese

Aree di impatto 3/3

AREA	TEMA	§§ DIRETTIVA
Procedure esecutive	Cooperazione ANC re notifica provvedimenti istruttori	Cons. 42, art. 24
	Cooperazione ANC re escussione	Cons. 6, 42; art.25
	Prescrizione diritto a riscuotere	Cons. 43; art. 27
Leniency	Condizioni per la concessione dell'immunità	Cons. 37, art. 16(2)
	Lingua della domanda	Cons. 38; art. 19(1a)
	Immunità persone fisiche	Cons. 11, 40; art. 22
	Preclusione <i>ring leader</i>	Art. 16(3)
	Domande in forma semplificata	Cons. 36, 39; art.21

Focus: domande in forma semplificata 1/3

Disposizioni innovative – Direttiva, Art. 21

- § 1: possibilità di presentare, in relazione al medesimo cartello segreto già denunciato alla Commissione, una domanda semplificata alle ANC che il richiedente ritenga siano in posizione idonea per trattare il caso
 - *Innovativo rispetto a § 16 Comunicazione AGCM e § 24 PMR → il diritto in questione non è limitato ai soli casi in cui la Commissione sia nella posizione più idonea per la trattazione del caso e la conduzione del procedimento, ai sensi e per gli effetti del § 14 della Comunicazione del 2004 sulla cooperazione nella Rete*
- **§ 1: possibilità di presentare domanda in una delle 24 lingue dell'Unione [modifica PE]**
 - *Innovativo rispetto a §49 note esplicative del PMR → la lingua della domanda deve essere concordata con l'ANC*
- **§ 2: il contenuto della domanda semplificata rispecchia quello del marker [modifica PE]**
 - *Innovativo rispetto a § 17 Comunicazione AGCM e § 24 PMR*

~~Natura del comportamento del presunto cartello~~

~~Lo Stato membro o gli Stati membri dove o similmente si trovano gli elementi probatori~~

Focus: domande in forma semplificata 2/3

- § 3: l'ANC che abbia ricevuto una domanda semplificata non può, anteriormente alla propria richiesta di presentazione di una domanda a pieno titolo, chiedere al richiedente informazioni relative al presunto cartello segreto che vadano al di là degli elementi dei quali la semplificata deve contenere una breve descrizione *ex* § 2
 - *Innovativo rispetto a § 26 del PMR → potere dell'ANC di richiedere ulteriori informazioni specifiche, le quali devono esserle tempestivamente fornite dal richiedente – addirittura pena la perdita della protezione conferita dalla domanda semplificata (Note Esplicative del PMR, § 47)*
- § 6: ANC può domandare al *leniency applicant* di integrare la domanda semplificata con una domanda completa delle informazioni e degli elementi probatori solamente dopo essere stata informata dalla Commissione che quest'ultima non intende intervenire, neanche in parte. **La Commissione deve tenere aggiornata e prontamente informare le ANC competenti delle determinazioni assunte al riguardo [modifica PE]**
 - *Innovativo rispetto a §26 PMR → potere ANC di richiedere al leniency applicant la presentazione della domanda completa qualora quell'ANC abbia deciso di agire nel caso in questione*
- § 7: retrodatazione degli effetti della semplificata alla principale se depositata non più di 5 giorni lavorativi una dall'altra **[modifica Consiglio*]**



* PaRR, ECN+ directive agreement beefs up defence rights, agency independence, 31 maggio 2018

Focus: domande in forma semplificata 3/3

Analisi

- Semplificate *ancora più semplici*
 - Flessibilità regime linguistico
 - Contenuto ridotto
- Nuova fisionomia di sistema - verso lo "sportello unico"
 - sottrazione a ANC del potere di decidere autonomamente se occuparsi o meno del cartello oggetto di semplificata in pendenza della domanda principale e in assenza di un via libera dalla CE, *ergo* creazione *de facto* di un rapporto gerarchico tra domanda 'principale' alla CE e domanda semplificata all'ANC
 - Osservazioni fortemente critiche espresse da AGCM non sembrano essere state recepite (salvo modifica § 6)
 - **PROBLEMA:** conciliabilità con § 66 della sentenza *DHL* (20 gennaio 2016 nella causa C-428/14): *"se alla mera facoltà, di cui dispongono le autorità nazionali garanti della concorrenza, di rivolgersi alle imprese che hanno depositato dinanzi ad esse domande semplificate al fine di ottenere informazioni supplementari si sostituisse un obbligo di contattare le stesse imprese o la Commissione qualora tali domande abbiano un ambito materiale più ristretto di quello delle domande d'immunità presentate a quest'ultima, si istituirebbe una gerarchia tra le domande interessate, in violazione del sistema decentralizzato previsto dal regolamento n. 1/2003"*

2. Recentissime *in pillole*

Antitrust *compliance*: schema di linee guida AGCM

- **5 aprile 2018** – Schema di Linee guida per implementazione programmi di *compliance* ex § 23 Linee Guida Sanzioni
- Indicazioni relative al contenuto dei programmi sostanzialmente in linea con le indicazioni fornite nelle Linee Guida Sanzioni (con maggiore grado di dettaglio)
- Principali novità attengono alla valutazione del programma e al trattamento premiale. Punti critici:
 - Relazione illustrativa e documentazione di supporto con l'indicazione *inter alia* dei motivi per i quali l'impresa si sia trovata comunque coinvolta nell'infrazione e eventuali mutamenti nella condotta in applicazione del programma (§23)
 - Riduzione del 15% applicabile solo per programmi c.d. *ante factum* con contestuale presentazione di domanda di clemenza (§31)
 - Elementi attestanti inadeguatezza: *i.a.*,
 - coinvolgimento vertici aziendali (§34)
 - mancata autodenuncia (§35)
 - Prolungato coinvolgimento in illeciti in vigenza del programma (§39)
 - Nessuna attenuante in caso di beneficio concesso in precedente istruttoria (§41)
 - Rilevanza del beneficio premiale ricevuto in precedente istruttoria come aggravante ai fini del computo di un'eventuale recidiva (§46) (cfr. CE, caso IV/F-3/33.708, *British Sugar plc*, 14 ottobre 1998)



Reg. UE 2016/679 – c.d. GDPR



25 maggio 2018 – Entrata in vigore GDPR

Le divergenze nell'attuazione e applicazione della direttiva 95/46/CE che ha causato diversi livelli di protezione dei dati personali nei singoli Stati Membri può ostacolare la **libera circolazione dei dati personali** all'interno dell'Unione e quindi costituire un freno all'esercizio delle attività economiche su scala dell'Unione, falsare la **concorrenza** e impedire alle autorità nazionali di adempiere agli obblighi loro derivanti dal diritto dell'Unione (Considerando 9)



Portabilità dei dati (art. 20)

- 1. Notevoli costi di adeguamento → Barriere all'ingresso** per PMI
 - Obbligo di appositi protocolli/procedure tecniche → *FATTIBILITA' TECNICA ex art. 20 (2) (?)*
 - Problema rilevante in generale rispetto a molteplici obblighi, e.g., nomina rappresentante UE; "valutazione di impatto"; notifica eventuali violazioni dei dati personali all'interessato e autorità di controllo
- 2. Rilevanza dell'eventuale "sequestro dei dati"** come fattispecie anticoncorrenziale

Big Data: informativa preliminare IC53

8 giugno 2018 – Informativa preliminare IC53 AGCM-AGCOM-Garante Privacy



- **1 utente su 10** è consapevole dei propri diritti in materia di **portabilità dei dati**, anche se circa la metà degli utenti mostra interesse ad ottenere una copia dei propri dati
- 4 utenti su 10 sono consapevoli della stretta relazione esistente tra la concessione del consenso e la gratuità del servizio
- 6 utenti su 10 sono consapevoli del fatto che le loro azioni online generano dati che possono essere utilizzati per analizzare e prevedere i loro comportamenti

1. Potere di mercato e effetti **concentrazioni**, anche conglomerali, nell'economia digitale;
2. Dimensione qualitativa del **confronto concorrenziale** in mercati in cui i **servizi** sono **offerti gratuitamente**;
3. Ruolo della portabilità per ridurre gli **switching costs** e assicurare la contendibilità dei mercati;
4. Effetti dell'utilizzo dei dati per **profilare** e offrire agli utenti servizi e condizioni commerciali personalizzate.

Pfizer – Flynn Pharma

7 giugno 2018 – Sentenza CAT

- **Decisione CMA dicembre 2016**

- Prodotto: Epanutin/Phenythoin (antiepilettico)
- Condotta: abuso di dominanza sub specie di prezzi eccessivi (art.102, lett.a)
- Sanzione: ~€ 102 milioni (Pfizer: ~€ 95 milioni; Flynn: ~€7 milioni)
- UK *antitrust record fine*

- **Sentenza CAT**

Posizione dominante



Analisi eccessività

Analisi iniquità



CAT TEST (§ 443)

"*Excessive Limb*" – magnitudine del differenziale; condizioni di mercato (fallimento mercato/fallimento regolatore); evoluzione prezzo nel tempo

→ **metodologia Cost plus non unica alternativa**

"*Unfair Limb*" – iniquità in sé ("*Alternative 1*") vs. iniquità rispetto a prodotti comparabili ("*Alternative 2*")



3. Rassegna di casistica e giurisprudenza

[1 marzo-23 giugno 2018]


Casistica italiana

AGCM

Procedimenti conclusi

A507 - Servizio rifornimento carburante avio aeroporto di Bergamo (**14 marzo 2018**) - L'AGCM rende obbligatori gli impegni presentati da Sacbo e Levorato Marcevaggi

I799 - Tim-Fastweb - realizzazione rete in fibra (**28 marzo 2018**) - L'AGCM rende vincolanti gli impegni presentati dalle società Telecom Italia e Fastweb

I813 - Restrizioni alle vendite on line di stufe (**18 aprile 2018**) - L'AGCM rende obbligatori gli impegni presentati dalle imprese parti del procedimento relativo a restrizioni verticali sub specie di **RPM** e **limitazioni territoriali** alla rivendita di prodotti acquistati online 

Procedimenti avviati

I822 - Consip/Gara sicurezza e salute 4 (**14 marzo 2018**)

I773D - Consorzio bancomat-commissioni *Bill Payments* (**21 marzo 2018**)

A519 - Affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico ferroviario nel Veneto (**3 maggio 2018**)

A505 - Monte titoli/servizi di post-trading (**9 maggio 2018**)

A378E - Federitalia/Federazione Italiana Sport Equestri (FISE) (**29 maggio 2018**)

I803 - Condotte restrittive del Consiglio Notarile di Milano – AGCM solleva con ordinanza **questione di legittimità costituzionale** (**3 maggio 2018**) 

Giurisprudenza italiana

TAR Lazio

**TAR Lazio nn. 4268/2018
e nn. 4466 etc. /2018**

I792 - Gare ossigenoterapia e ventiloterapia

18 e 24 aprile 2018 - il TAR accoglie i ricorsi (alcuni in parte altri *in toto*) relativi a molteplici intese restrittive su gare bandite da PA a livello regionale

**TAR Lazio nn. 4401-
4406/2018**

I789 - Agenzie di modelle

20 aprile 2018 - il TAR conferma la sussistenza dell'intesa ma ordina la rideterminazione della sanzione per errore di calcolo del fatturato

**TAR Lazio nn. 6516 etc.
/2018**

I742 - Tondini per cemento armato

12 giugno 2018 – il TAR annulla la sanzione di €140 milioni per **irragionevole durata della preistruttoria** e nel merito per mancata prova della **correlazione tra scambio informativo e coordinamento sui prezzi**



TAR Lazio n. 6080/2018

A484 – Unilever / Distribuzione gelati

31 maggio 2018 - il TAR rigetta interamente il ricorso proposto da Unilever e conferma **abusività delle esclusive** nel mercato del gelato confezionato monodose da impulso

**TAR Lazio nn. 6532-
6534/2018**

I793 - Aumento prezzi cemento

12 giugno 2018 - il TAR respinge il ricorso e conferma la sanzione di € 144 milioni a Italcementi, Buzzi e Moccia

TAR Lazio n. 6105/2018

I797 - Consiglio Notarile di Roma, Velletri e Civitavecchia

1 giugno 2018 - il TAR respinge il ricorso e conferma la sussistenza dell'intesa posta in essere dal Consiglio e ASNODIM re distribuzione degli incarichi e fissazione tariffe (rigettato argomento affine a questione rimessa a CC da parte di AGCM nel caso I803)

Giurisprudenza italiana

Consiglio di Stato

**Consiglio di Stato n.
1821/2018**

TAR Lazio n. 2669/2016

I776 - Mercato della
produzione di poliuretano
espanso flessibile

21 marzo 2018 – il CdS
conferma la decisione di primo
grado e condanna Olmo
Giuseppe S.p.A. al pagamento
della sanzione di €7 milioni

**Consiglio di Stato n.
1822/2018 e nn. 1998-
2006 /2018**

TAR Lazio nn. 6470-6472,
6474-6477, 6484, 6486,
6503/2016

I771 - Servizi di post-
produzione

21 e 29 marzo 2018 – il
CdS riforma le sentenze di
primo grado e ripristina la
sanzione confermando le
valutazioni di AGCM circa la
**natura strategica delle
informazioni scambiate**



**Consiglio di Stato n.
2904/2018, n. 3368/2018 e
n. 3447/2018**

TAR Lazio nn. 2696,
2697/2015

I559B - Mercato del
calcestruzzo

**16 maggio, 4 e 7 giugno
2018** – il CdS conferma le
sentenze TAR e annulla le
sanzioni per **ritardo nel
pagamento** ma conferma
l'importo della sanzione
rideterminata a carico di
Holcim Italia per il principio
di continuità economica



**Consiglio di Stato n.
3197/2018**

TAR Lazio nn. 8671, 8672,
8676/2013

I723 - Mercato delle barriere
stradali

29 maggio 2018 – il CdS
riforma le sentenze TAR e
conferma la sussistenza di un
cartello nel mercato delle
barriere stradali reputando
legittime le **proroghe
d'istruttoria** deliberate
dall'Autorità nel corso del
procedimento



Casistica UE

Commissione europea

Intese e abusi

40136 – Capacitors (**21 marzo 2018**) – la Commissione sanziona 8 produttori di condensatori per €254 milioni per scambio di informazioni sensibili

39816 - Upstream gas supplies in Central and Eastern Europe (**24 maggio 2018**) – la Commissione rende vincolanti gli impegni proposti da Gazprom

40465 - Asus (?) – la Commissione applica per la prima volta la procedura di settlement in un caso di restrizione verticale (RPM – sanzione €65 milioni)

Concentrazioni – fase II

M.8394 Essilor / Luxottica (**1 marzo 2018**)

M.8084 Bayer / Monsanto (**21 marzo 2018**)
– con condizioni

M.8444 ArcelorMittal / Ilva (**7 maggio 2018**)
– con condizioni

M.7993 Altice / PT Portugal (**24 aprile 2018**) – GUN JUMPING

Giurisprudenza UE

Corte Generale

T-274/15 *Alcogroup and Alcodis v Commission*

COMP.40244 - Bioethanol

10 aprile 2018 – la CG dichiara inammissibile il ricorso avverso la decisione d'ispezione e avverso la lettera con cui la CE rigettava la richiesta di sospendere l'istruttoria per presunta violazione del LPP

T-712/16, *Deutsche Lufthansa v Commission*

COMP/M.3770 – Lufthansa / Swiss

16 maggio 2018 – la CG accoglie parzialmente il ricorso avverso la decisione della CE con cui respinge la richiesta di esonero da taluni impegni resi vincolanti nell'ambito dell'approvazione della concentrazione

T-325/16 e T-621/16 *České dráhy v Commission*



AT.40156 "Falcon" e AT.40401 "Twins"

20 giugno 2018 – la CG annulla parzialmente decisione d'ispezione per mancanza di indizi sufficientemente seri in merito a condotte ultronee rispetto a quanto contestato nella stessa decisione che autorizza l'ispezione, ma conferma legittimità di una seconda decisione di ispezione fondata su prove ottenute dalla prima (ergo **no fishing expedition ma...**)

Giurisprudenza UE

CGUE

**C-525/16 Meo –
Serviços de
Comunicações e
Multimédia**

**Rinvio pregiudiziale –
Tribunale per la
concorrenza, la
regolamentazione e la
vigilanza portoghese**

19 aprile 2018 – nozione di "svantaggio per la concorrenza" nella discriminazione dei prezzi (gestione dei diritti connessi al diritto d'autore)



C-633/16 Ernst & Young

**Rinvio pregiudiziale –
Tribunale marittimo e
commerciale danese**

31 maggio 2018 – il recesso di una delle parti da un accordo di cooperazione con un terzo antecedente alla clearance non dà luogo a una fattispecie di **gun jumping** ove non contribuisca a una modifica duratura del controllo dell'impresa acquisita

**C-463/17 P Ori Martin v
Court of Justice of the
European Union**

**T-797/16 Ori Martin v
Court of Justice of the
European Union
(ordinanza)**

7 giugno 2018 – la CGUE rigetta il ricorso per presunta violazione del diritto a un equo processo da parte della stessa CGUE in contrasto con art.47 della Carta dei diritti fondamentali UE. Per effetto rigetta istanza di risarcimento danni



www.hoganlovells.com

"Hogan Lovells" or the "firm" is an international legal practice that includes Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP and their affiliated businesses.

The word "partner" is used to describe a partner or member of Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP or any of their affiliated entities or any employee or consultant with equivalent standing. Certain individuals, who are designated as partners, but who are not members of Hogan Lovells International LLP, do not hold qualifications equivalent to members.

For more information about Hogan Lovells, the partners and their qualifications, see www.hoganlovells.com.

Where case studies are included, results achieved do not guarantee similar outcomes for other clients. Attorney advertising. Images of people may feature current or former lawyers and employees at Hogan Lovells or models not connected with the firm.