



AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Bollettino

Settimanale

Anno XXXIV - n. 23

**Publicato sul sito www.agcm.it
10 giugno 2024**

SOMMARIO

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE	5
A563 - IREN/PREZZO DEL TELERISCALDAMENTO <i>Provvedimento n. 31200</i>	5
A564 - HERA/PREZZO DEL TELERISCALDAMENTO <i>Provvedimento n. 31201</i>	6
A565 - A2A/PREZZO DEL TELERISCALDAMENTO <i>Provvedimento n. 31202</i>	7
A568 - AGENZIE DI VIAGGIO/PRENOTAZIONI VOLI RYANAIR <i>Provvedimento n. 31203</i>	8
I859 - GABE DI ACQUISTO E FORNITURE DI RADIOFARMACI <i>Provvedimento n. 31212</i>	11
I868 - BYOOVIZ/MANCATA COMMERCIALIZZAZIONE <i>Provvedimento n. 31213</i>	25
OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE	41
C12615 - ALPACEM CEMENTI ITALIA/RAMO DI AZIENDA DI BUZZI UNICEM <i>Provvedimento n. 31204</i>	41
C12620 - WIND TRE/BRIGHTCO <i>Provvedimento n. 31205</i>	43
C12630 - CONAD NORD OVEST/GIRAMO DI AZIENDA DI BENNET <i>Provvedimento n. 31207</i>	59
C12633 - ARCA FONDI SGR/BRAND LABEL-BULGARELLI PRODUCTION-CO.RI SACCHETTIFICIO- D'AURIA PACKAGING-VALTENNA <i>Provvedimento n. 31208</i>	65
C12634 - BCC PAY/RAMO DI AZIENDA DI BANCO BPM <i>Provvedimento n. 31209</i>	68
ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA	76
AS1978 - COMUNE DI GAETA (LT) - PROROGA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME CON FINALITÀ TURISTICO RICREATIVE	76
AS1979 - COMUNE DI TRIESTE - PROROGA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME CON FINALITÀ TURISTICO RICREATIVE	81
AS1980 - REGIONE PUGLIA - SERVIZIO IDRICO INTEGRATO	86
AS1981 - PROVINCIA DI FROSINONE - CONCESSIONE DERIVAZIONI IDROELETTRICHE	90
PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE	94
PS12596 - META-PROBLEMATICHE ACCOUNT INSTAGRAM E FACEBOOK <i>Provvedimento n. 31214</i>	94

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

A563 - IREN/PREZZO DEL TELERISCALDAMENTO

Provvedimento n. 31200

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 21 maggio 2024;

SENTITO il Relatore Saverio Valentino;

VISTA la legge 10 ottobre 1990 n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998 n. 217;

VISTA la propria delibera del 23 maggio 2023, con la quale è stato avviato un procedimento istruttorio, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/1990, nei confronti delle società Iren S.p.A., Iren Energia S.p.A., Iren Ambiente S.p.A. e Iren Mercato S.p.A., per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 3, comma 1, lettera a), della legge n. 287/1990 in relazione alle reti di Pienza e Pienza;

VISTI tutti gli atti del procedimento;

CONSIDERATE la complessità della fattispecie oggetto di analisi nonché la necessità di procedere ad una compiuta analisi delle numerose evidenze raccolte;

CONSIDERATA la necessità di garantire alle Parti il più ampio esercizio dei diritti di difesa e del contraddittorio;

RITENUTO, pertanto, necessario differire il termine di conclusione del procedimento, attualmente fissato al 31 luglio 2024;

DELIBERA

di prorogare al 29 novembre 2024 il termine di conclusione del procedimento.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE

Guido Stazi

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

A564 - HERA/PREZZO DEL TELERISCALDAMENTO*Provvedimento n. 31201*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 21 maggio 2024;

SENTITO il Relatore Saverio Valentino;

VISTA la legge 10 ottobre 1990 n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998 n. 217;

VISTA la propria delibera del 28 giugno 2023, con la quale è stato avviato un procedimento istruttorio, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/1990, nei confronti delle società Hera S.p.A. e Herambiente S.p.A., per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 3, comma 1, lett. a), della legge n. 287/1990 in relazione alla rete di Ferrara;

VISTI tutti gli atti del procedimento;

CONSIDERATE la complessità della fattispecie oggetto di analisi nonché la necessità di procedere ad una compiuta analisi delle numerose evidenze raccolte;

CONSIDERATA la necessità di garantire alle Parti il più ampio esercizio dei diritti di difesa e del contraddittorio;

RITENUTO, pertanto, necessario differire il termine di conclusione del procedimento, attualmente fissato al 31 luglio 2024;

DELIBERA

di prorogare al 29 novembre 2024 il termine di conclusione del procedimento.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE*Guido Stazi***IL PRESIDENTE***Roberto Ranzichelli*

A565 - A2A/PREZZO DEL TELERISCALDAMENTO*Provvedimento n. 31202*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 21 maggio 2024;

SENTITO il Relatore Saverio Valentino;

VISTA la legge 10 ottobre 1990 n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998 n. 217;

VISTA la propria delibera adottata il 13 giugno 2023, con la quale è stata avviata, l'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/1990, nei confronti di A2A S.p.A., Comocalor S.p.A. e Acinque Ambiente S.r.l per accertare l'esistenza di possibili violazioni dell'articolo 3, comma 1, lett. a), della l. 287/1990;

VISTA la propria delibera adottata il 28 novembre 2023, con la quale è stato esteso soggettivamente il procedimento A565, avviato il 13 giugno 2023, alla società Acinque S.p.A.;

VISTI tutti gli atti del procedimento;

CONSIDERATE la complessità della fattispecie oggetto di valutazione nonché la necessità di procedere ad una compiuta analisi delle numerose evidenze raccolte;

CONSIDERATA la necessità di garantire alle Parti il più ampio esercizio dei diritti di difesa e del contraddittorio;

RITENUTO, pertanto, necessario differire il termine di conclusione del procedimento, attualmente fissato al 31 luglio 2024;

DELIBERA

di prorogare al 29 novembre 2024 il termine di conclusione del procedimento.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE*Guido Stazi***IL PRESIDENTE***Roberto Rustichelli*

A568 - AGENZIE DI VIAGGI/PRENOTAZIONI VOLI RYANAIR*Provvedimento n. 31203*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 21 maggio 2024;

SENTITO il Relatore Saverio Valentino;

VISTO l'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea;

VISTO il Regolamento n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE (ora 101 e 102 TFUE);

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287 e, in particolare, l'articolo 14-bis;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la Comunicazione dell'Autorità relativa all'applicazione dell'articolo 14-bis della legge n. 287/1990;

VISTA la propria delibera del 14 settembre 2023, n. 30772, con cui è stata avviata un'istruttoria ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/1990, nei confronti di Ryanair DAC, primo operatore nel trasporto aereo di linea passeggeri nei voli che interessano aeroporti italiani, per accertare un possibile abuso di posizione dominante in violazione dell'articolo 3 della legge n. 287/1990 e/o dell'articolo 102 TFUE, consistente nel precludere gli acquisti da parte delle agenzie di viaggio, fisiche e/o online, dei biglietti aerei Ryanair tramite il sito internet della stessa e nell'offerta di condizioni peggiorative tramite GDS, così impedendo e/o ostacolando le agenzie nella vendita di biglietti aerei della compagnia - che tipicamente rappresentano il "punto di accesso" per l'offerta di ulteriori servizi - al fine di favorire le vendite dirette di biglietti aerei sul proprio sito e così pregiudicando lo svolgimento di una concorrenza effettiva nei mercati dell'offerta di servizi turistici, a danno delle agenzie di viaggi e con effetti negativi per il benessere dei consumatori che si avvalgono di tali operatori;

VISTA la propria delibera del 16 gennaio 2024, n. 31027, con cui il procedimento è stato esteso soggettivamente alla società Ryanair Holdings Plc;

VISTE le istanze di adozione di misure cautelari dell'associazione eu Travel Tech e di Vacanze eDreams SL, entrambe pervenute in data 29 marzo 2024;

VISTA la propria delibera del 3 aprile 2024, n. 31151, con cui è stato avviato il procedimento cautelare ai sensi dell'articolo 14-bis della legge n. 287/1990, volto a verificare, in contraddittorio con le parti, l'effettiva sussistenza dei requisiti necessari per l'adozione di misure cautelari atte a ripristinare e mantenere condizioni concorrenziali nel mercato interessato;

VISTI memorie e documenti pervenuti, in data 5 e 12 aprile 2024, da parte di FIAVET e, in data 12 aprile 2024, da parte di Ryanair DAC e Ryanair Holdings Plc, Fru.PL S.A, ADVUnite e ALAV;

SENTITI in audizione innanzi al Collegio, in data 18 aprile 2024, i rappresentanti di Ryanair DAC, Ryanair Holdings Plc, eu Travel Tech - euTT, Vacanze eDreams SL, Fru.PL S.A, FIAVET e ALAV;

VISTA la decisione assunta nell'adunanza del 24 aprile 2024 di disporre un supplemento istruttorio, anche tenuto conto degli elementi emersi nel corso dell'audizione cautelare, comunicata alle parti in pari data;

VISTE le informazioni spontaneamente trasmesse da Ryanair DAC e Ryanair Holdings Plc il 3 maggio 2024 e il 20 maggio 2024;

VISTE le richieste di informazioni inviate a Ryanair DAC e Ryanair Holdings Plc, Kiwi.com S.r.o., Booking.com B.V., BravoNext S.A., Vacaciones eDreams SL e Fru.PL S.A. in data 3 maggio 2024 e le risposte pervenute nel termine assegnato del 12 maggio 2024 e, a seguito di accoglimento parziale dell'istanza di proroga del termine, del 15 maggio 2024, da parte di Ryanair DAC e Ryanair Holdings Plc;

VISTI gli atti del procedimento, a eccezione della documentazione ispettiva acquisita presso Ryanair DAC e Ryanair Holdings Plc (nel seguito, congiuntamente "Ryanair");

CONSIDERATA, impregiudicata ogni valutazione sulla fondatezza degli addebiti e sugli eventuali effetti restrittivi degli accordi di *partnership* con le agenzie *online*, la disponibilità prospettata da Ryanair alla conclusione di siffatti accordi di *partnership* che, nel prossimo futuro, dovrebbero consentire alle agenzie *online* di vendere biglietti Ryanair con soluzioni integrate al proprio sito (c.d. *embedded*, ovvero che permettono la prenotazione senza lasciare il sito dell'agenzia *online*, con l'eccezione di un *pop-up* con una pagina di riepilogo sul sito *web* di Ryanair), e che, a detta della stessa Ryanair, dovrebbero altresì consentire le vendite di servizi ancillari *non aviation* e l'applicazione di commissioni aggiuntive o sconti (purché illustrati in maniera trasparente agli utenti);

CONSIDERATO inoltre che le informazioni acquisite a esito dell'approfondimento istruttorio e il contenuto degli accordi richiedono un'articolata valutazione, non compatibile con l'adozione di una misura cautelare, tenuto altresì conto dei contrapposti interessi;

CONSIDERATO quindi che, nelle more della conclusione del procedimento, non appare sussistere un pericolo di danno grave e irreparabile per la concorrenza;

RITENUTO, pertanto, che allo stato degli atti non sussistano i presupposti per l'adozione delle misure cautelari ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge n. 287/1990 nei confronti di Ryanair DAC e Ryanair Holdings Plc.

DELIBERA

a) che allo stato degli atti non sussistono i presupposti per l'adozione di misure cautelari ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge n. 287/1990;

b) la chiusura del procedimento avviato in data 3 aprile 2024 relativo all'eventuale adozione di misure cautelari.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro il termine di sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Guido Stazi

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

1859 - GARE DI ACQUISTO E FORNITURE DI RADIOFARMACI*Provvedimento n. 31212***L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO**

NELLA SUA ADUNANZA del 21 maggio 2024;

SENTITO il Relatore, Saverio Valentino;

VISTO l'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE);

VISTO il Regolamento del Consiglio (CE) n. 1/2003 del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 del TFUE;

VISTA la Legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTO il proprio provvedimento del 29 marzo 2022, n. 30089, con cui è stata avviata un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti delle società Novartis AG, Advanced Accelerator Applications S.r.l., Curium Netherlands Holding B.V., Curium Italy S.r.l., ITEL Telecomunicazioni S.r.l., GE Healthcare International B.V., GE Healthcare Italia S.r.l., ACOM - Advanced Center Oncology Macerata - S.r.l. e dell'Associazione Italiana di Medicina Nucleare ed Imaging Molecolare, per accertare l'esistenza di eventuali violazioni dell'articolo 101 TFUE;

VISTO il proprio provvedimento del 2 maggio 2023, n. 30627, con cui il termine finale del procedimento è stato prorogato al 30 novembre 2023;

VISTO il proprio provvedimento del 14 novembre 2023, n. 30881 con cui il termine finale del procedimento è stato prorogato al 1° luglio 2024;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttoria trasmessa alle Parti in data 3 aprile 2024;

VISTE le rinunce al diritto di presentare memorie scritte e documenti, nonché a essere sentite in audizione, pervenute tra il 5 e il 18 aprile 2024, da parte di Novartis AG, Advanced Accelerator Applications S.r.l., Curium Netherlands Holding B.V., Curium Italy S.r.l., ITEL Telecomunicazioni S.r.l., GE Healthcare Italia S.r.l., ACOM - Advanced Center Oncology Macerata - S.r.l. e dell'Associazione Italiana di Medicina Nucleare ed Imaging Molecolare (AIMN);

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

L LE PARTI DEL PROCEDIMENTO

1. Advanced Accelerator Applications S.r.l. (di seguito, "AAA") è una società che opera principalmente nel mercato della produzione e vendita di radiofarmaci e, in particolare, di quelli necessari all'attività di Tomografia a Emissioni di Positroni, i cosiddetti prodotti PET, finalizzati alla diagnostica di precisione, e nel mercato della c.d. teragnostica che prevede l'integrazione di un metodo diagnostico con uno specifico intervento terapeutico. L'impresa è soggetta al controllo diretto di Advanced Accelerator Systems SA, società di diritto francese. Advanced Accelerator Systems SA costituisce, insieme alle sue controllate, il gruppo AAA. Tale gruppo fa indirettamente

capo a Novartis AG, in virtù del possesso quasi totalitario, da parte della sua controllata di diritto francese Novartis Groupe SA, del capitale sociale di Advanced Accelerator Systems SAI.

2. Novartis AG (di seguito, "Novartis") è una società per azioni di diritto svizzero con sede legale a Basilea, a capo operativo dell'omonimo gruppo svizzero, presente a livello mondiale nella produzione e commercializzazione di prodotti farmaceutici. Novartis è una *public company* quotata presso le borse di Zurigo e New York.

3. Curium Italy S.r.l. (di seguito, "Curium"), già IBA Molecular Italy S.r.l. (di seguito "IBA Molecular") è una società attiva, *inter alia*, nel mercato della produzione e vendita di farmaci, radiofarmaci e dispositivi medici e fa parte del gruppo Curium, *leader* mondiale nei prodotti per la medicina nucleare, costituito nel 2017 a seguito della fusione tra Mallinckrodt Nuclear Medicine LLC e IBA Molecular. Curium è controllata da Curium Netherlands Holding B.V. e, in ultima istanza, da Pickso S.à r.l.

4. Curium Netherlands Holding B.V. è una società del gruppo Curium attiva nel mercato dello sviluppo, della produzione e della vendita di prodotti radiofarmaceutici.

5. ITEL Telecomunicazioni S.r.l. (di seguito, "ITEL") è una società che offre servizi di ingegneria ad alta specializzazione per la sanità, che ha avviato la propria attività di produzione e commercializzazione di radiofarmaci e, in particolare, di prodotti PET, successivamente alla stipula di un contratto di licenza con GE Healthcare Italia S.r.l. nel 2010. Il capitale sociale di ITEL è interamente posseduto da una persona fisica.

6. GE Healthcare Italia S.r.l. (di seguito, "GE") è una società che opera nel mercato dell'acquisto e della vendita di apparecchiature elettriche, elettroniche e meccaniche per uso medicale e di prodotti diversi per uso medico e clinico. La società è controllata da GE Healthcare Italia Holding S.r.l., la quale a sua volta è controllata dalla società di diritto olandese GE Healthcare International B.V., parte del gruppo General Electric.

7. GE Healthcare International B.V. è una società del Gruppo General Electric, principalmente attiva nel mercato della produzione e della vendita di apparecchiature elettriche, elettroniche e meccaniche per uso medicale.

8. ACOM - Advanced Center Oncology Macerata - S.r.l. (di seguito, "ACOM") è una società che opera nel mercato della produzione e vendita di radiofarmaci. Essa è controllata per il 60% circa del suo capitale da A.M.G. Uno Advanced Medicine Group Uno S.r.l., per il 39,4% circa da NICO S.r.l. e per la restante parte del capitale sociale dall'Università degli Studi di Camerino.

9. L'Associazione Italiana di Medicina Nucleare ed Imaging Molecolare (di seguito, "AIMN") è un'associazione senza fini di lucro il cui scopo principale è la promozione dello sviluppo scientifico e applicativo dell'impiego in ambito medico e biologico delle proprietà fisiche del nucleo atomico dei radionuclidi.

II. L'ATTIVITÀ ISTRUTTORIA SVOLTA

10. In data 29 marzo 2022, a seguito della presentazione di una domanda in forma orale di non imposizione/riduzione della sanzione ai sensi degli articoli 15-*bis* e ss. della legge n. 287/1990, con richiesta di *workar* ai sensi dell'articolo 15-*sexies* della medesima legge, l'Autorità ha avviato il caso 1859 per accertare l'esistenza di una presunta intesa posta in essere dalle principali imprese via via nel tempo attive nel mercato della produzione e vendita dei radiofarmaci, ed ora tutte

riconducibili a tre gruppi societari, nell'ambito delle procedure di selezione svolte a livello nazionale per la fornitura a ospedali pubblici e a cliniche private di radiofarmaci (principalmente i prodotti c.d. PET, ovvero quelli utilizzati per la Tomografia ad Emissioni di Positroni).

11. L'ipotizzata violazione riguarda una condotta collusiva adottata da Novartis AG e dalla sua controllata Advanced Accelerator Applications S.r.l., Curium Netherlands Holding B.V. e dalla sua controllata Curium Italy S.r.l., ITEL Telecomunicazioni S.r.l., GE Healthcare International B.V. e dalla sua controllata GE Healthcare Italia S.r.l., ACOM - Advanced Center Oncology Macerata - S.r.l. Al momento, per effetto di diverse operazioni straordinarie, rimangono sul mercato esclusivamente i tre gruppi Novartis, Curium e ITEL. Le società indicate, sfruttando intamente le particolarità del radiofarmaco richiesto dalle stazioni appaltanti (soggetto a rapido deterioramento), avrebbero intessuto, almeno dal 2005, una fitta rete di relazioni tese non soltanto a sofferire legittimamente a eventuali mal funzionamenti del ciclo produttivo del radiofarmaco (fermi del "ciclotrone") ma a spartirsi le quote di fornitura. La collusione, in particolare, avrebbe avuto la finalità di eliminare la concorrenza in occasione della partecipazione alle gare indette dalle stazioni appaltanti, attraverso la costituzione di ATI sovrabbondanti o la ripartizione delle commesse, nonché tramite un uso distorto del servizio di c.d. *back-up* ai fini della fornitura di detti prodotti a soggetti pubblici e privati. Questo servizio consente la fornitura del prodotto alle strutture ospedaliere da parte di un'impresa diversa dall'aggiudicataria/contraente, ma concorrente della stessa, nei casi in cui l'aggiudicataria/contraente sia impossibilitata a evadere gli ordini per ragioni tecniche (su cui v. meglio *infra*).

È parte del procedimento anche l'Associazione Italiana di Medicina Nucleare e AIMN, perché nel provvedimento di avvio è stato ipotizzato che le imprese potessero scambiarsi informazioni rilevanti sul presunto cartello anche tramite l'associazione.

In data 6 aprile 2022, sono state effettuate ispezioni presso le sedi di tutte le parti del procedimento.

12. Nel corso dell'istruttoria sono state svolte audizioni con le Parti¹ e sono state effettuate richieste di informazioni ad alcune ASL/stazioni appaltanti² e alle parti del procedimento³. ACOM, AIMN e Curium hanno presentato memorie difensive⁴.

13. In data 3 aprile 2024, sono state inviate alle Parti le Risultanze Istrutorie del procedimento, nelle quali non sono stati formulati addebiti, in quanto le evidenze raccolte nel corso dell'attività istruttoria in merito a possibili restrizioni delle condotte in violazione dell'articolo 101 TFUE non sono risultate sufficienti a corroborare pienamente quanto ipotizzato nel provvedimento di avvio dell'istruttoria. Pertanto, tra il 4 e il 18 aprile 2024 sono pervenute, da tutte le Parti del procedimento (a eccezione di GE Healthcare Italia Holding S.r.l. e GE Healthcare International B.V.), rinunce all'ulteriore esercizio dei diritti di difesa sia in forma orale che scritta. Le società GE Healthcare

¹ Un primo gruppo, risalente al 2022, ha riguardato principalmente la descrizione del mercato dei radiofarmaci (cfr. docc. 90, 91 e 93; ACOM ha anche esposto le proprie difese, cfr. docc. 85). Il secondo gruppo, tenutosi tra la fine del 2023 e gli inizi del 2024 ha riguardato, nel merito, le condotte delle parti e ha consentito loro di esporre le proprie posizioni difensive rispetto all'oggetto del procedimento (cfr. docc. 249, 257, 258 e 269).

² Cfr. docc. 122, 123, 124, 125, 128 e relative risposte doc. 129-135.

³ Cfr. docc. 179-180 e relative risposte doc. 197-200.

⁴ Cfr. docc. 108, 68 e 279 (e successive integrazioni docc. 280 e 281). Curium ha presentato anche una memoria economica dello studio RBB (cfr. doc. 279, all. 1 e successive integrazioni con il database utilizzato in doc. 281).

Italia Holding S.r.l. e GE Healthcare International B.V. non hanno presentato memorie né richieste ad essere sentite in audizione.

14. Nel seguito si descriveranno pertanto gli elementi fattuali raccolti nel corso dell'istruttoria precisando che, nel corso degli anni, il mercato ha subito una forte concentrazione, come descritto nella tabella seguente.

Tabella 1: evoluzione delle parti del procedimento nel mercato dei radiofarmaci

2009	2014	2017	2018	2021	oggi
AAA					AAA
GE	GE vende il proprio ramo d'azienda ad AAA				
IBA		IBA cambia denominazione in CURIUM			
ACOM			ACOM vende ramo d'azienda FDG a Curium		CURIUM
IASON				IASON viene acquisita da Curium	
ITEL					ITEL

Fonte: elaborazione su dati forniti dalle parti.

III. LE PARTICOLARITÀ DEI RADIOFARMACI

15. I radiofarmaci oggetto dell'istruttoria sono quelli utilizzati per effettuare l'esame diagnostico PET, cruciale per la scoperta di diverse malattie. Si tratta, in particolare, dei seguenti radiofarmaci, prodotti a partire dalle molecole fluorodesossiglucosio (di seguito, "FDG"), fluorometilcolina (di seguito, "COLINA") e fluorodopa (di seguito, "DOPA o 18F").

Tabella 2: I radiofarmaci oggetto del procedimento

Nome molecola	Farmaco AAA	Farmaco IBA/CURIUM	Farmaco IteI	Farmaco GE*	Farmaco ACOM**
Fluorodesossiglucosio (FDG)	Gluscan	Glucopet	IteI FDG	Sterpet	Glucopet
Fluorometilcolina (Colina)	Cholscan/Fluorochol	Fluorocolina Italy			
Fluorodopa (18F) (Dopa)	Padoview/dopaview	Fluorodopa			

* non più sul mercato. GE ha ceduto il ramo d'azienda FDG ad AAA.

** non più sul mercato. ACOM ha ceduto il ramo d'azienda FDG a Curium.

Fonte: dati forniti dalle parti

16. I radiofarmaci sopra indicati hanno degli usi diagnostici molto simili, in particolare l'FDG, quello più diffuso, ha una valenza diagnostica generale, mentre le altre due molecole sono indicate per la diagnosi di specifici tipi di malattie, in particolare tumorali.

17. I radiofarmaci posseggono una carica radioattiva che è soggetta a rapido deterioramento e che deve essere attivata attraverso una particolare infrastruttura, il ciclotrone. Data la loro natura e composizione chimica instabile, i radiofarmaci, sono, infatti, considerati come "prodotti viventi" e possono pertanto essere conservati per un tempo molto breve. Ciò è dovuto al fatto che il loro livello di radioattività diminuisce in maniera esponenziale nel tempo. In particolare, la radioattività si dimezza ogni due ore e svanisce del tutto in 12-15 ore dal momento in cui il farmaco è stato prodotto. Per tale ragione, i radiofarmaci non possono essere immagazzinati ma vengono prodotti in orario notturno in base alle richieste dei singoli clienti e devono raggiungere gli ospedali entro la fine della mattinata e almeno un'ora prima dell'uso, in modo da permettere l'esecuzione di esami oncologici previsti durante il giorno. La collocazione geografica dei siti produttivi rispetto ai centri diagnostici, che deve consentire la fornitura in un lasso di tempo pari a 5/6 ore massimo, è perciò cruciale. La vicinanza del sito produttivo incide, inoltre, sulla quantità di prodotto utile. Sul punto GE ha spiegato che la "deperibilità incide anche sulla resa del farmaco, per cui tanto più un sito di consegna è lontano dal sito produttivo, tanto più occorrerà una quantità maggiore di farmaco per comporre una dose. Più nel dettaglio un lotto che entro 30 minuti più essere sufficiente per 10 dosi di farmaco, dopo 6 ore dalla produzione sarà sufficiente a produrne solo 2"⁵.

18. Quanto alla copertura geografica dell'attività svolta dalle imprese, si rileva che i siti produttivi (dove si trova il ciclotrone), ora attivi nella produzione dei prodotti PET sono i seguenti:

- i) per AAA Meldola (Forlì-Cesena) e Pozzilli (Isernia). Grazie a essi AAA riesce ad operare in quasi tutto il territorio nazionale; nel Sud, e, in particolare, in Puglia, in Calabria e in Basilicata, essa è attiva grazie a un accordo di produzione e licenza con IteI;
- ii) per IBA/Curium Monza, Udine e Roma, che rappresentano i centri di produzione storicamente posseduti dall'impresa, ai quali negli ultimi tre-quattro anni si sono aggiunti il sito presso l'IEO a Milano, quello di Montecosaro (di cui dispone dal 2018 grazie all'acquisizione del ramo d'azienda di Acom relativo all'FDG) e quello di Pisa (il più recente).;

⁵ Cf. GE, verbale di audizione, doc. 258.

iii) per Iel, infine due ciclotroni entrambi nello stabilimento di Ruvo di Puglia, utilizzati anche per produrre i radiofarmaci di AAA.

Una ricostruzione dell'evoluzione dei siti produttivi e della loro dislocazione sul territorio nazionale è fornita da Curium nell'immagine seguente.

Figura 1: siti produttivi di Curium in Italia



Fonte: Curium, doc. 257, verbale audizione, allegato 1, p. 7.

19. Il ciclotrone deve necessariamente essere soggetto a fermi programmati per ragioni di manutenzione, durante i quali deve essere completamente sospesa la produzione. Parimenti, si possono verificare situazioni d'urgenza nelle quali il processo di produzione si blocca per problemi di sintesi e/o perché il macchinario va fuori dalle specifiche dei parametri stabiliti per la sintesi.

20. Durante i suddetti fermi produttivi e in occasione degli errori di sintesi, è di fondamentale importanza garantire la continuità della fornitura ai centri diagnostici. A tal fine le imprese si offrono reciprocamente servizi di c.d. *back-up*, in base ai quali un'impresa che fornisce prodotti PET a un cliente può avvalersi del supporto di un'altra impresa, la quale provvede a rifornire la struttura qualora essa stessa sia impossibilitata.

21. Gli stessi ospedali (pubblici e privati) cercano fornitori di radiofarmaci che dispongano di un ciclotrone con una capacità produttiva sufficiente a soddisfare i requisiti stabiliti nella gara d'appalto e che, in caso di guasto e durante i periodi di fermo per manutenzione, garantiscano, senza costi aggiuntivi, la fornitura da un centro di produzione alternativo. Questa garanzia è talvolta esplicitamente indicata nei capitolati come requisito obbligatorio per poter presentare un'offerta (si veda, ad esempio, il Capitolato Tecnico di cui alla gara SORESA del 2018 in cui è stabilito che la società partecipante *"deve garantire almeno 2 siti di back-up che, analogamente al sito principale,*

siano forniti di valide autorizzazioni alla produzione e all'immissione in commercio del prodotto⁶). Tuttavia, si osserva che, anche laddove il capitolato non preveda quest'obbligo, nei bandi di gara il numero di siti di produzione a disposizione e la loro vicinanza alla struttura ospedaliera è valutato tra i requisiti tecnici e contribuisce all'attribuzione di punti. Si richiama, ad esempio, il capitolato tecnico della gara indetta da AAO Marche Nord nel 2016 che prevede, per i lotti che comprendono i farmaci oggetto del procedimento, l'attribuzione di un punteggio massimo di 10 punti per "siti back-up, gestioni per garantire la regolarità delle consegne"⁷. Nel Capitolato tecnico del bando di ESTAR del dicembre 2022, inoltre, viene indicato che "in caso di indisponibilità temporanea dei prodotti programmati, la ditta aggiudicataria dovrà comunque garantire la fornitura, procurandosi il prodotto presso altro fornitore, senza costi aggiuntivi per la stazione appaltante"⁸.

IV. II PERIODO ANTECEDENTE ALLE GARE CENTRALIZZATE: 2005-2014

22. Nella ipotesi formulata in avvio l'intesa sarebbe iniziata nel 2005 e sarebbe rimasta in vigore fino al 2021, attraversando tuttavia due principali momenti che ne avrebbero determinato un cambio di funzionamento. In un primo periodo (corrispondente agli anni 2005-2014 circa), antecedente alla costituzione delle grandi centrali di committenza (come ESTAR, SORESA etc.) e dei bandi centralizzati, le imprese si sarebbero coordinate spartendosi di volta in volta le singole stazioni appaltanti attraverso forniture incrociate di "finti back-up" ossia utilizzando gli scambi di forniture per riequilibrare le quote sul mercato.

23. Deve in primo luogo ricordarsi che, in questo periodo, gli operatori presenti sul mercato erano principalmente sei: AAA, IBA (che nel 2017 sarebbe diventata Curium), ACOM, GE, ITEL e IASON, quest'ultima non parte del procedimento.

24. Venendo ora agli elementi che darebbero atto dell'accordo spartitorio nella prima fase 2005-2014, deve in primo luogo chiarirsi che il complesso degli elementi raccolti non ha consentito di ricostruire un piano spartitorio complessivo tra le parti (o tra una parte di esse) idoneo a configurare un'intesa unica, complessa e continuata. La ricostruzione ha evidenziato, infatti, condotte molto discontinue nel tempo, modifiche nelle compagini societarie e nelle modalità di partecipazione alle gare, nonché diversi elementi che attestano episodi di accesa competizione tra le parti. L'analisi economica effettuata sui back up tra le parti, inoltre, non ha restituito un quadro di anomalia indiziario di un cartello e ciò anche tenuto conto della particolarità dei prodotti coinvolti che, come si è visto, impone alle imprese un certo grado di collaborazione reciproca per far fronte alle richieste delle stazioni appaltanti e salvaguardare la corretta esecuzione del servizio sanitario ai pazienti.

Per queste ragioni si ritiene superfluo analizzare gli eventi che, secondo il *leniency applicant*, sarebbero riconducibili a spartizioni di singole gare.

⁶ Cfr. doc. 129. In senso analogo bando di gara IPO 2019 "in Ditta ditta, inoltre:

- *adibitore in modo esplicito e dettagliato le modalità con cui assicurare il back-up in caso di mancato produzione dal sito primario, intendendo in modo tassativo: a. - numero e localizzazione dei siti di back-up; b. - logica di contropartita con tempi esplicitamente dichiarati; c. - eventuali ulteriori modalità di back-up"* (cfr. doc. 139).

⁷ Cfr. doc. 131. In senso analogo il bando di SORESA 2018 (confermatamente SORESA 2014) che attribuisce fino a 9 punti per "Disponibilità e numero di siti presenti in Italia di back-up della produzione (in caso di partecipazione in RTI, si considereranno solo i siti del componente del RTI che ne detiene il numero maggiore)" (cfr. docs. 129 e 134).

⁸ Cfr. doc. 139.

V. LE GARE CENTRALIZZATE: 2014-2022

25. L'ipotesi istruttoria aveva a oggetto anche una serie di gare centralizzate bandite dalle grandi stazioni di committenza regionali. Da tale ipotesi deve in primo luogo essere esclusa GE che, in questa fase, era già uscita (o in procinto di uscire) dal mercato, avendo ceduto il proprio ramo d'azienda relativo all'FDG ad AAA. In ogni caso GE non è mai stata coinvolta nelle ATI contestate. Parimenti non può ritenersi coinvolta Itel, che non figura mai tra i partecipanti alle ATI segnalate dai *Agency applicants*. Secondo l'ipotesi istruttoria, tali ATI sarebbero state "sovrabbondanti" nel senso che le parti avrebbero potuto partecipare singolarmente alle gare oppure avrebbero potuto partecipare all'ATI con quote differenti.

L'analisi istruttoria si è concentrata principalmente sulle ATI stipulate da AAA e Curium per Estar 2017, Soresa 2013 e 2018, Latina 2018 e per quella stipulata da AAA e ACOM per Asur Marche 2017.

26. In via generale, per tutte le ATI sopra menzionate sono stati rinvenuti documenti da cui è emerso che le Parti hanno sovente modificato le quote delle forniture all'interno delle ATI al fine di pervenire a una distribuzione delle quote in linea con la ripartizione iniziale⁹.

27. Dai documenti ispettivi non sono emersi indizi di ripartizioni eccedenti il perimetro delle ATI sopra citate e sotto meglio descritte.

28. In merito alla necessità di modificare le quote di esecuzione delle ATI, è emerso che ciò è stato determinato da documentati problemi di produzione di Curium dovuti al malfunzionamento del ciclotrone di Pisa. Queste difficoltà produttive di Curium si sono riverberate su tutte le forniture¹⁰. Venendo ora alle singole ATI, di seguito si fornirà una rapida disamina delle ATI per ESTAR 2017, SORESA 2013 e 2018, Latina 2018 e Asur Marche 2017, precisando che Curium ha depositato un'analisi economica che, per tutte le gare contestate, sulla base di una stima della capacità produttiva dei siti produttivi, asserisce l'impossibilità tecnica della società di partecipare individualmente alle gare¹¹.

La gara ESTAR 2017

29. L'Autorità ha analizzato l'ATI costituita dalle due imprese AAA e IBA/Curium per la partecipazione alla gara indetta da ESTAR nel 2017 per la fornitura di radiofarmaci al fine di verificare se ci fossero elementi sufficienti per contestare l'illegittimità della stessa ai sensi dell'articolo 101.1 TFUE. Deve ricordarsi che si trattava, in particolare, del Lotto n. 117 della procedura bandita il 12 maggio 2017, con importo a base d'asta del valore di 7.778.800€. La gara è stata vinta dall'ATI AAA-IBA/Curium, unica partecipante, con uno sconto sulla base d'asta dello 0,833% (corrispondente a un prezzo di 4,82€ per mCi). L'Autorità ha potuto verificare che la gara in esame era notevolmente superiore alle precedenti gare bandite dalla Regione Toscana, tutte relative a una parte limitata del territorio e non all'intera Regione. La gara ESTAR 2017 era, infatti, di circa trenta volte più grande, in termini di volumi di FDG richiesti, rispetto alla precedente gara

⁹ Cfr., ad esempio, doc. 16.3.67 e 42.2.45.

¹⁰ Cfr. doc. 257, verbale di audizione di Curium. Cfr. doc. 278, memoria Curium, in cui sono depositate numerose mail in cui è messo in luce la difficoltà di attivare il ciclotrone di Pisa.

¹¹ Cfr. doc. 279, Memoria RBB per Curium. Si rimanda alla memoria economica per l'analisi della capacità produttiva di Curium nelle singole gare. Curium ha fornito anche i dati utilizzati per quantificare la capacità produttiva e i c.d.f. "bank record", ossia i registri di produzione dei ciclotroni (cfr. doc. 281).

ESTAV¹². Deve, inoltre, aggiungersi, con riferimento alle successive gare ESTAR 2021 e ESTAR 2022, che nella gara ESTAR 2021 AAA ha presentato a ESTAR una specifica richiesta volta a sottolineare che la società non poteva presentare una offerta di partecipazione individuale, in quanto il lotto 102 (FDG) era troppo grande e non sarebbe stata, da sola, in grado di servirlo. In seguito alla mancata esecuzione della fornitura, la stazione appaltante ha annullato la gara e ne ha ribandito una seconda (cfr. determinazione n. 662 del 5 maggio 2022, pubblicata in data 6 maggio 2022). Anche questa nuova procedura è stata suddivisa in una pluralità di lotti e, per quanto qui interessa, il lotto 137 riguarda specificamente la fornitura di FDG. È stata Curium, in quest'occasione, a presentare a ESTAR una nota in cui affermava di non riuscire a partecipare a causa del mal funzionamento del ciclotrone di Pisa¹³.

Le gare SORESA 2014 e 2017

30. Con riferimento alle due gare indette da SORESA (Società Regionale per la Sanità S.p.A.) per la Regione Campania nel 2014 e nel 2017, si osserva quanto segue.

La prima gara aveva a oggetto, *inter alia*, la fornitura di FDG per una base d'asta complessiva (per sei lotti) pari a 3.124.371 euro per i tre anni di vigenza della fornitura (con possibilità di rinnovo di ulteriori sei mesi). A tale gara AAA e IBA/Curium hanno partecipato in ATI - con le seguenti percentuali: 70% per AAA e 30% per IBA/Curium - e si sono aggiudicate i lotti con un'offerta pari a 2.930.316,75 euro (corrispondente a un prezzo di 5,4€). Hanno partecipato alla gara anche Iason e GE, in concorrenza con l'ATI vincitrice.

La seconda gara aveva a oggetto, *inter alia*, la fornitura di FDG e di fluorometilcolina per una base d'asta complessiva (per 6 lotti) pari a 17.494.726,60 euro per i quattro anni di vigenza della fornitura (con possibilità di rinnovo di ulteriori sei mesi). A tale gara AAA e Kemiconsult (distributore esclusivo di IBA/Curium nella Regione Campania) hanno partecipato in ATI - con le seguenti percentuali: 64% per AAA e 36% per Kemiconsult, per quanto concerne la fornitura di FDG; 36% per AAA e 64% per Kemiconsult, per quanto riguarda, invece, la fornitura di fluorometilcolina - e si sono aggiudicate i lotti con un'offerta pari a 17.444.453,40 euro (corrispondente a un prezzo di 6,42€)¹⁴.

31. Curium, nelle proprie difese, ha affermato che il bando 2013 escludeva *esplicitamente* la possibilità di avvalersi di ciclotroni di concorrenti come siti di backup. Specificava inoltre che la validità residua per l'uso clinico dell'FDG al momento della consegna dovesse essere di almeno 6 ore, indipendentemente dal fatto che il prodotto provenisse da un sito principale o di back-up. [...]

¹² Cfr. anche Curium, verbale di audizione, doc. 257, all. 1, p. 11, in cui si legge: "nel 2012 viene indetta la gara ESTAV Centro - La gara riguardava la fornitura annuale di 38.685 mCi di FDG agli ospedali di Prato e Careggi (Firenze) per un periodo di 26 mesi (con possibile estensione a 42 mesi). Nel 2017 viene indetta la gara regionale ESTAR - La gara riguardava la fornitura di 1.301.600 mCi di FDG (e 77.040 mCi di colina) a 11 ospedali situati in Toscana (Arezzo, Prato, Firenze, Pistoia, Pisa, Massa, Livorno, Grosseto, Livorno, Siena, CNR Pisa) per un periodo di 48 mesi - La gara è stata aggiudicata in un unico lotto - La gara è stata la più grande mai svolta in Italia per FDG, sia in termini di volumi richiesti sia così riferimento al numero di clienti interessati - Medesimo scenario competitivo esistente al tempo di ESTAV Centro 2015: modesto numero di ciclotroni e assenza di nuovi ingressi nel mercato -> difficoltà tecniche, produttive e logistiche dei produttori di FDG per poter fornire giornalmente e contemporaneamente le varie Medicine Nucleari della Regione Toscana".

¹³ Cfr. doc. 147, allegato. Anche tale circostanza è stata documentata da Curium, Cfr. doc. 279, memoria infraprocedimentale, all. 8.

¹⁴ L'unica offerta concorrente per tale gara è stata presentata da Iason con riferimento al lotto relativo al farmaco colina, la quale tuttavia è stata esclusa.

L'impianto di Roma era l'unico sito di Curium che nel 2013 avrebbe potuto realisticamente servire gli ospedali di SORESA. La distanza e i tempi di trasporto da Monza, all'epoca il secondo sito più vicino alla Campania, rendevano questo sito impraticabile per rispettare i requisiti di gara, in particolare la necessità di garantire un periodo di validità residua dell'FDG di almeno sei ore al momento della consegna. Infatti, dato che l'FDG ha una vita utile di circa 12 ore (si veda la sezione 2.1), la distanza tra Monza e gli ospedali campani non sarebbe stata compatibile con i requisiti di gara [...]. Conformemente a quanto stabilito dal bando di gara, che vietava ai partecipanti di avvalersi di siti di back-up gestiti da concorrenti, se consegne che Curium non sarebbe stata in grado di partecipare alla gara in esame se non ricorrendo ad accordi di collaborazione con un altro concorrente, ad esempio, mediante la stipula di un ATI o di un accordo di avvalimento¹⁵. Anche se il bando 2017 non vietava la possibilità di utilizzare come sito di *back-up* quello dei concorrenti, atteso che, come nel 2013, l'unico sito interno utilizzabile era quello di Monza, ciò non avrebbe consentito a Curium, con una partecipazione individuale, di rispettare il requisito di garantire almeno 6 ore di vita utile residua del farmaco, per le ragioni espresse sopra. Curium ritiene quindi che anche per il 2017 ci fosse una sostanziale impossibilità a partecipare individualmente alla gara¹⁶.

La gara ASL Latina del 2017

32. Una quarta gara interessata dalla cooperazione delle parti è quella indetta dalla ASL di Latina (agente in qualità di capofila per l'affidamento della fornitura di radiofarmaci occorrenti alle AA.SS.LL. di Latina, Frosinone e Roma 6) nel luglio 2017, che aveva a oggetto, *inter alia*, la fornitura di fluorometilcolina, aggiudicata dall'ATI AAA-IBA/Curium (51%-49%) con un'offerta pari a 83.916,00 euro (corrispondente a un prezzo di 47,9€), a fronte una base d'asta complessiva di 96.250,00 euro.

33. In udizione AAA ha affermato di aver "ricevuto l'autorizzazione all'immissione in commercio del proprio farmaco Cholscan con determina AIFA del 1° agosto 2017, come risulta dalla gazzetta ufficiale n. 204 del 1° settembre 2017.", AAA ha poi integrato tale informazione depositando, in data 20 febbraio u.s., copia della Gazzetta Ufficiale del 14 novembre 2017 in cui i siti AAA di Collettero Giacosa (Ivrea) e Pozzilli sono stati espressamente riconosciuti idonei a produrre Cholscan¹⁷.

34. AAA, al momento della presentazione della domanda, non aveva quindi l'autorizzazione a produrre il farmaco richiesto nei propri stabilimenti italiani¹⁸.

35. In relazione a tale gara anche IBA/Curium ha affermato di non poter partecipare individualmente alla gara in quanto: "l'avvio della produzione a fini commerciali della Colina a Roma avvenne nel marzo del 2017, solo sei mesi prima del termine di presentazione delle offerte per la gara in esame. Durante queste prime fasi, gli impianti necessitavano di rodaggio, mentre il personale aveva un'esperienza limitata nella gestione dei relativi processi operativi. Questa fase di apprendimento e adeguamento ha inevitabilmente portato a malfunzionamenti inaspettati e a errori operativi, incrementando la frequenza di interruzioni nella produzione, [...]. In questo contesto,

¹⁵ Cfr. memoria RBB-Curium doc. 279, p. 38e ss (Soresa 2013).

¹⁶ Cfr. memoria RBB-Curium doc. 279, p. 53 e ss (Soresa 2017).

¹⁷ Cfr. doc. 271.

¹⁸ Cfr. doc. 271.

l'impegno a fornire la Colina per la gara di Latina avrebbe potuto esacerbare ulteriormente i rischi di interruzioni nella catena di fornitura. Ciò è particolarmente evidente considerando che né il sito di Monza né quello di Udine potevano essere considerati opzioni di backup interno valide per Latina, data la loro significativa distanza geografica e, nel caso di Monza, la limitata esperienza e storia nella produzione di colina¹⁹. Curium ha riferito di numerosi malfunzionamenti nella produzione di Colina nel periodo indicato. La partecipazione in ATI con AAA avrebbe quindi potuto essere di supporto, quantomeno in prospettiva, per assicurare il regolare svolgimento delle forniture.

La gara Asur Marche 2017

36. Con riferimento alla gara, avente a oggetto, *inter alia*, la fornitura quinquennale di FDG, indetta dall' ASUR Marche (l'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti Marche Nord) nel gennaio 2017 e aggiudicata all'ATI costituita da AAA e Acom (con quote 50%-50%) per un importo complessivo di 4.774.825€, corrispondente a un prezzo di 6,26€ per mCi (a fronte di una base d'asta pari a 5.540.205 euro), deve in primo luogo osservarsi che alla gara ha partecipato, come concorrente, la società Curium. Dai documenti di AAA e ACOM, inoltre, è emerso che le due società abbiano deciso di partecipare in ATI anche per sconfiggere Curium ottenendo un punteggio tecnico maggiore.

37. Su questa gara ACOM ha affermato che: *“la decisione di ACOM di partecipare alla gara in RTI rispondeva alla necessità di integrare in sede di gara i requisiti delle due Società partecipanti al raggruppamento temporaneo di imprese e ottenere così un punteggio tecnico maggiore in sede di valutazione delle offerte. In particolare, la ACOM disponeva solo di due siti di produzione in Italia:*

- officina di Montecosaro in provincia di Macerata;

- officina di Casarano in provincia di Lecce.

La partecipazione in RTI con AAA - e la conseguente valutazione in sede di offerta anche dei siti di produzione di quest'ultima - ha consentito al raggruppamento di ottenere un punteggio tecnico maggiore e la conseguente aggiudicazione, così come risulta confermato dalla scheda di valutazione delle offerte [...]. Da quanto sopra esposto risulta evidente che l'utilizzo del meccanismo del RTI da parte di ACOM costituiva un legittimo strumento necessario a integrare i requisiti necessari per la partecipazione alla gara²⁰.

VI L'ANALISI DEI DATI SULLE GARE E SULLE FORNITURE

38. Nel corso dell'istruttoria, sono state acquisite dalle parti informazioni puntuali in merito alle gare svolte dal 2007 al 2023 e alle forniture che ognuna delle Parti ha acquistato dai concorrenti (o forniture di *back-up*) nello stesso arco temporale.

39. I risultati delle analisi, ancor più laddove considerati nel complesso, non forniscono significativi elementi endogeni. In particolare: *i)* sia le ATI che le forniture di *back-up* tra le parti sono relativamente poco frequenti; *ii)* non appaiono esservi evidenti anomalie dei prezzi delle gare con ATI; *iii)* i prezzi dei *back-up* in ATI non appaiono anomali e in particolare risultano inferiori ai prezzi di *back-up* per ragioni di emergenza.

¹⁹ Cit. doc. 276.

²⁰ Cit. doc. 108, memoria ACOM.

40. Con specifico riferimento alle forniture di *back-up* deve inoltre evidenziarsi il valore relativamente modesto²¹;

Per AAA, il valore delle forniture acquistate da concorrenti è stato relativamente piccolo in tutto il periodo considerato, aumentando solo dal 2018 al 2022 in ragione delle ATI e dei rapporti con Itel, di cui si è già detto *supra*;

Per IhuCurium, il valore dei *back-up* è stato relativamente modesto in tutto il periodo considerato e non ha mai superato il 5% percento del fatturato della società.

VII VALUTAZIONI CONCORRENZIALI

41. Gli elementi raccolti durante l'istruttoria del presente caso non consentono di corroborare la violazione ipotizzata in avvio e prospettata dal *leniency applicant*.

42. Occorre in primo luogo mettere in luce che il settore di riferimento, relativo ai c.d. radiofarmaci per PET (farmaci basati principalmente sull'uso delle molecole fluorodesossiglucosio (FDG), fluorometilcolina e fluorodopa (18F)), risulta particolare in ragione delle caratteristiche dei prodotti in esame. Come si è più volte ricordato, i radiofarmaci sono altamente deperibili e per essere prodotti necessitano di un'infrastruttura molto costosa (il ciclotrone) e presente in misura molto limitata sul territorio nazionale (allo stato risultano attivi solo 15 ciclotroni). Proprio tale scarsità dei siti produttivi impone di prevedere dei siti "di riserva" qualora i propri siano fuori uso (per malfunzionamento o manutenzione) al fine di non interrompere le forniture del farmaco (c.d. siti di *back-up* che danno luogo alle forniture in *back-up*). Questa necessità deriva anche dalle richieste dei clienti e, in particolare, dal contenuto dei bandi di gara che spesso valorizzano i siti di *back-up* disponibili o come requisito di partecipazione, richiedono di indicare i sistemi di *back-up* a disposizione, o come requisito per l'attribuzione di un punteggio nella valutazione dell'offerta tecnica.

43. Tali particolarità implicano che, in questo particolare settore, un livello di collaborazione tra i concorrenti è risultato imprescindibile. Nel caso di specie non si sono riscontrati elementi in grado di corroborare l'ipotesi iniziale in base alla quale il livello di collaborazione è andato oltre quello che risulta necessario per garantire l'attività e non è stato perciò possibile configurare un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'articolo 101 TFUE.

44. In merito agli accordi su singole gare, essendo gli stessi molto risalenti l'Autorità ha, in primo luogo, esplorato la possibilità di contestare alle imprese un'intesa continuata. Come si è già anticipato in fatto, gli elementi esogeni raccolti non hanno consentito di ricostruire un quadro di insieme che consentisse di contestare alle Parti la continuazione dell'illecito.

45. Venendo agli accordi di ATI stipulati dalle parti e oggetto della domanda di clemenza, gli stessi sono riconducibili principalmente a quattro importanti stazioni appaltanti e hanno riguardato la fornitura di radiofarmaci a tutti (ESTAR, SORESA) o buona parte (Marche nord, Latina) degli ospedali della Regione di riferimento.

²¹ Tale valore è calcolato come il prodotto tra il prezzo medio di acquisto per l mCi di radiofarmaco e il volume acquistato, sia in valore assoluto, sia come percentuale del fatturato di AAA.

46. L'Autorità ha valutato tali accordi sulla base dei consolidati orientamenti della giurisprudenza in tema di ATI, recentemente confluiti nelle *"Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale"*²².

47. Nel caso di specie, la particolarità del settore in esame, che implica un grado di collaborazione tra le imprese per garantire l'assolvimento del servizio, non consente di stabilire univocamente che ogni impresa potesse partecipare autonomamente alle gare in esame. Come si è detto nella parte in fatto, inoltre, per molte gare l'impossibilità di partecipare alla gara derivava da oggettive regole dei bandi (gare SORESA 2013 e 2017) o dalla mancanza dell'AIC (Latina 2018).

48. In questa prospettiva gli elementi agli atti non hanno consentito di configurare le ATI esaminate come ipotesi rientranti nel perimetro dell'articolo 101 TFUE in quanto non è stato possibile affermare con un ragionevole grado di certezza che le imprese potessero partecipare individualmente alle gare contestate. In questo contesto, tenuto conto della particolarità dei prodotti coinvolti nelle forniture oggetto di ATI, sottoposti a rapida reperibilità e derivanti da un processo produttivo complesso e fortemente limitato dal numero e dal funzionamento dei ciclotroni, non è stato possibile inferire dalla modifica delle quote di esecuzione delle ATI tra le parti un'univoca valenza di indizio collusivo.

49. L'analisi economica effettuata, infine, non ha consentito di individuare l'anomalia poventata dal *leniency applicants*, relativa a un uso distorto dei *back-up*, attesa la percentuale minima di scambi tra le Parti che è apparsa compatibile sia con un quadro di forniture d'emergenza, sia nell'ambito dei rapporti tra le parti all'interno delle ATI che, soprattutto nel periodo 2019-22, hanno avuto particolare importanza per AAA e Curium. Ciò anche tenuto conto delle particolarità del mercato in esame.

50. Nel procedimento istruttorio non sono, quindi, emersi elementi idonei a confermare la sussistenza di un'intesa fra le parti.

51. Per tale ragione, si ritiene che non sussistano sufficienti elementi per accertare la violazione dell'articolo 101 TFUE ipotizzata nella delibera di avvio istruttorio.

Tutto ciò premesso e considerato:

DELIBERA

Che, in base alle informazioni disponibili, sono venuti meno i motivi di intervento nei confronti di Novartis AG, Advanced Accelerator Applications S.r.l., Curium Netherlands Holding B.V., Curium Italy S.r.l., ITEL Telecomunicazioni S.r.l., GE Healthcare International B.V., GE Healthcare Italia S.r.l., ACOM - Advanced Center Oncology Macerata - S.r.l. e dell'Associazione Italiana di Medicina Nucleare ed Imaging Molecolare (AIMN) in relazione alla violazione dell'articolo 101 del TFUE ipotizzata in sede di avvio del procedimento.

Il presente provvedimento sarà notificato alle Parti e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

²²Cfr. 2022/C 164/01 Comunicazione della Commissione - Approvazione del contenuto del progetto di comunicazione della Commissione - Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, par. 396 e seguenti.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro il termine di sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Guido Stazi

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

1868 - BYOOVIZ/MANCATA COMMERCIALIZZAZIONE*Provvedimento n. 31213***L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO**

NELLA SUA ADUNANZA del 21 maggio 2024

SENTITA la Relatrice, Professoressa Elisabetta Inssa;

VISTO l'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE);

VISTO il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio dell'Unione europea del 16 dicembre 2002;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle Autorità garanti della concorrenza del 27 aprile 2004;

VISTO il Protocollo di Intesa tra l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e l'Agenzia Italiana del Farmaco del 19 gennaio 2017;

VISTA la segnalazione pervenuta l'11 novembre 2022, successivamente integrata il 13 gennaio 2023, il 19 maggio 2023, il 10 agosto 2023, il 19 e 22 gennaio 2024;

VISTA la documentazione agli atti;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Samsung Bioepis Co. Ltd. (di seguito anche "Samsung Bioepis") è una società con sede a Incheon (Corea del Sud) attiva nello sviluppo di farmaci biosimilari, tra cui Byooviz (definito anche "SB11"), a base del principio attivo *ranibizumab*. La società è una *joint venture* costituita nel 2012 tra Samsung BioLogics Co. Ltd. (società del gruppo Samsung) e Biogen Inc. A seguito di un'operazione di concentrazione, nel 2022 il controllo esclusivo di Samsung Bioepis Co. Ltd. è stato acquisito da Samsung BioLogics Co. Ltd.¹ Nel 2022, Samsung Bioepis Co. Ltd., insieme a Biogen Inc., ha siglato un accordo con Genentech Inc. avente ad oggetto Byooviz (v. *infra* §. 26).

2. Samsung Bioepis NL B.V. (di seguito anche "Samsung Bioepis NL") è una società di diritto olandese, con sede a Delft, ed è una filiale di Samsung Bioepis Co. Ltd. Samsung Bioepis NL B.V. è anche la società titolare dell'Autorizzazione di Immissione in Commercio (di seguito, "AIC") del farmaco Byooviz rilasciata dalla *European Medicines Agency* (di seguito "EMA") e valida a livello europeo (v. *infra* §. 31).

3. Biogen Inc. (di seguito anche "Biogen") è una società per azioni biofarmaceutica con sede a Cambridge, Massachusetts, negli Stati Uniti, attiva a livello mondiale nella ricerca, nello sviluppo e nella fornitura di terapie per una serie di malattie neurologiche e neurodegenerative. Biogen, inoltre, commercializza biosimilari in Europa. Dopo aver concluso nel 2019 un accordo di

¹ Decisione della Commissione europea del 4 aprile 2022, M10657 - Samsung BioLogics/Samsung Bioepis.

commercializzazione con Samsung Bioepis riguardo a, *inter alia*, Byooviz (v. *infra* §. 26), nel 2022, insieme a Samsung Bioepis Co. Ltd., ha siglato un accordo con Genentech Inc. avente ad oggetto lo stesso Byooviz (v. *infra* §. 46).

4. Biogen Italia S.r.l. (di seguito anche "Biogen Italia") è l'affiliata italiana del gruppo Biogen, con sede a Milano. L'azionariato di Biogen Italia è diviso in pari quote tra Biogen International GMBH e la capogruppo Biogen MA Inc.

5. Genentech Inc. (di seguito anche "Genentech") è una società per azioni statunitense, con sede legale a San Francisco, attiva nello sviluppo e nella produzione di farmaci biotecnologici, tra cui il Lucentis. Genentech fa parte del gruppo Roche, essendo controllata da Hoffmann La Roche Inc. che, a sua volta, fa capo a Roche Holdings AG. Nel 2022 Genentech Inc. ha siglato un accordo con Samsung Bioepis Co. Ltd. e Biogen Inc. avente a oggetto Byooviz (v. *infra* §. 46).

6. Novartis AG (di seguito anche "Novartis") è una società per azioni di diritto svizzero con sede legale a Basilea, a capo operativo dell'omonimo gruppo svizzero, presente a livello mondiale nella produzione e nella commercializzazione di prodotti farmaceutici. Novartis è responsabile a livello globale dell'accordo di licenza e collaborazione sottoscritto con Genentech nel 2003 con riferimento a Lucentis. Novartis è una *public company* quotata presso le borse di Zurigo e New York.

7. Novartis Europharm Ltd. (di seguito anche "Novartis Europharm"), con sede legale a Dublino (Irlanda), è la società titolare dell'AIC del farmaco Lucentis.

8. Novartis Farma S.p.A. (di seguito, anche "Novartis Farma") è la filiale italiana del gruppo Novartis e ha sede legale a Milano.

II. PREMESSA

9. A partire da novembre 2022, sono pervenute all'Autorità una serie di informazioni da parte dell'Agenzia Italiana del Farmaco (di seguito anche "AIFA" o "l'Agenzia")² relativamente al mancato ingresso nel mercato italiano del farmaco Byooviz, prodotto da Samsung Bioepis e commercializzato da Biogen. Byooviz è il biosimilare del farmaco biotecnologico Lucentis, medicinale altamente remunerativo sviluppato da Genentech (v. *infra* Sezione V.a.). Inoltre, sono state acquisite dagli Uffici notizie pubbliche relative a un accordo di licenza siglato tra Samsung Bioepis e Biogen, da un lato, e Genentech, dall'altro lato, avente a oggetto la commercializzazione del citato Byooviz (v. *infra* Sezione V.b.).

10. Detto accordo, in virtù del riferimento anche a Paesi del mondo diversi dagli Stati Uniti d'America, interessa anche Novartis, in quanto quest'ultima gode di diritti di commercializzazione esclusiva di Lucentis in tutti gli altri territori (v. *infra* §. 73).

² L'AIFA è stata istituita ex articolo 48 del d.l. n. 269/2003, come convertito, con modificazioni, dalla legge n. 326/2003, è l'ente pubblico nazionale che regola i farmaci a uso umano in Italia. L'AIFA gestisce le spese farmaceutiche e segue il ciclo di vita del medicinale per garantire efficacia, sicurezza e appropriata e l'accesso sul territorio nazionale.

11. La motivazione sottesa alla condotta dilatoria di Samsung Bioepis e Biogen oggetto delle informazioni inviate da AIFA potrebbe rinvenirsi, quindi, nell'accordo di licenza per Byoviz stipulato con Genentech nel settembre 2021. Di tal guisa, Samsung Bioepis e Biogen avrebbero ottenuto un ingresso anticipato nel mercato statunitense impegnandosi contestualmente a posticipare l'entrata in altri mercati (tra cui l'Italia) anche ben oltre la scadenza dei diritti di privativa di Lucentis. Dal canto loro, Genentech e Novartis si sarebbero avvantaggiate del mantenimento di una condizione di monopolio anche successivamente alla scadenza dei diritti di privativa (v. *infra* §§. 73-74).

12. Dall'insieme degli elementi che verranno meglio descritti nel prosieguo discende che tali condotte potrebbero configurare una violazione dell'articolo 101 TFUE.

III. IL CONTESTO NORMATIVO-REGOLATORIO

13. I farmaci c.d. "biosimilari" sono ottenuti per via biologica, partendo da un organismo vivente. Sono medicinali "simili" per qualità, efficacia e sicurezza ai prodotti biologici originatori di riferimento (*originator* o *reference product*) già autorizzati nell'Unione europea e non più soggetti a copertura brevettuale³. Lo sviluppo dei biosimilari richiede un tempo ben più lungo di quello necessario per i farmaci equivalenti o generici, in quanto servono da sei a otto anni dallo sviluppo alla commercializzazione, oltre che investimenti iniziali elevati, significativamente superiori rispetto a quelli necessari per i generici. Inoltre, nello sviluppo dei biosimilari sussiste un rischio di fallimento della ricerca e dello sviluppo, tanto che il processo è molto simile a quello degli *originator*⁴.

14. Per quanto concerne l'iter autorizzatorio, mentre i medicinali di origine biologica possono essere autorizzati anche solo a livello nazionale, le domande di AIC di medicinali biosimilari sono esaminate esclusivamente dall'EMA attraverso la procedura centralizzata. Di conseguenza, l'AIC è poi valida in tutti gli Stati Membri dell'Unione Europea⁵. Occorre precisare che qualsiasi AIC di un medicinale decade se non è seguita dall'effettiva commercializzazione entro i tre anni successivi al rilascio (c.d. *market clause*, articolo 14, paragrafo 4, regolamento UE n. 726/2004; a livello nazionale si richiama l'articolo 38, comma 5, d.lgs. 219/2006).

15. Una volta ottenuta l'AIC dall'EMA, la commercializzazione del medicinale biosimilare dipende dal regime di classificazione ai fini della fornitura adottato da ciascuno Stato Membro, ovvero se a carico del Servizio Sanitario Nazionale (di seguito, "SSN") o del paziente.

16. Anche i regimi di prezzo e rimborsabilità sono definiti dai singoli Stati membri. In Italia le procedure di definizione del prezzo e della rimborsabilità prevedono, in analogia alle procedure dei farmaci equivalenti, che il prezzo dei prodotti biosimilari sia determinato, mediante una negoziazione tra l'AIFA e il produttore (ai sensi del Decreto del Ministero della Salute del 2 agosto 2019, che ha abrogato la Delibera CIPE del 1° febbraio 2001), a un valore di prezzo inferiore almeno

³ Secondo il *Position Paper AIFA sui Farmaci Biosimilari*, 27 marzo 2018, p. 9, consultabile tramite il seguente sito: https://www.aifa.gov.it/sites/default/files/ipp_biosimilari_27032018.pdf ultimo accesso in data 24 aprile 2024.

⁴ Decisione della Commissione europea del 3 agosto 2010, M.5965 - *Teva/Biosigla*, § 29.

⁵ Articolo 13 del Regolamento (CE) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'Agente europeo per i medicinali.

del 20% rispetto al prezzo del prodotto biologico di riferimento, ai sensi del d.l. n.158/2012, come convertito in legge n. 189/2012 (c.d. Decreto Balduzzi). Pertanto, i farmaci generici e biosimilari hanno un meccanismo di riduzione automatica del prezzo e la garanzia della medesima classificazione di rimborsabilità degli originatori, laddove tali riduzioni di prezzo risultino convenienti per il SSN (articolo 12, comma 6, del citato d.l.⁶).

17. In attuazione di tale norma, il Decreto del Ministero della Salute del 4 aprile 2013, come poi modificato dal Decreto del Ministero della Salute del 21 luglio 2022, ha definito i “*Criteri di individuazione degli scaglioni per la negoziazione automatica dei generici e dei biosimilari*”⁷, così individuando le riduzioni “convenienti” per il SSN⁸.

18. Nelle more della (eventuale) negoziazione avviata su iniziativa dell’azienda interessata, l’articolo 12, comma 5, del citato Decreto Balduzzi dispone che i farmaci che abbiano ottenuto l’AIC siano automaticamente classificati in un’apposita sezione, denominata classe C “non negoziati” (di seguito “C(nn)”) dedicata ai farmaci non ancora valutati ai fini della rimborsabilità. La classe C(nn) consente l’accessibilità al farmaco prima della conclusione del percorso di definizione del prezzo e della rimborsabilità, con costo a totale carico del cittadino oppure del SSN per esigenze specifiche di cura dei pazienti presi in carico e in assenza di alternative disponibili⁹.

19. Tale classe C(nn) si distingue dalle fasce A, C e H già definite dall’articolo 8, commi 10 e 14, della l. n. 537/1993 e s.m.i., in quanto si tratta di una classificazione temporanea che trova applicazione in attesa del perfezionamento del procedimento di rimborsabilità. Inoltre, sempre ai sensi della citata norma, prima dell’inizio della commercializzazione, il titolare dell’AIC è tenuto a comunicare ad AIFA il prezzo *ex factory*, il prezzo al pubblico e la data di inizio della commercializzazione del medicinale. L’inserimento in fascia C comporta che i prezzi dei farmaci siano liberamente determinati dalle imprese produttrici e pagati interamente dal paziente. In caso di mancata immissione in commercio viene meno anche la possibilità di mettere a gara la specialità medicinale¹⁰.

20. Inoltre, si richiama anche l’articolo 12, comma 3, del Decreto Balduzzi, per cui in taluni casi, in cui rientrano anche i farmaci biosimilari, la domanda di classificazione fra i farmaci erogabili a carico del SSN può essere presentata anche anteriormente al rilascio dell’AIC¹¹, ovvero subito dopo l’opinione del *Committee for Human Medicinal Products* (di seguito, “CHMP”) dell’EMA.

⁶ Infatti, ai sensi dell’articolo 12, comma 6, del Decreto Balduzzi, un medicinale generico o biosimilare è “autorizzato a essere collocato, senza contrattazione del prezzo, nella classe di rimborso a cui appartiene il medicinale di riferimento qualora l’azienda titolare proponga un prezzo di vendita di evidente convenienza per il Servizio sanitario nazionale. È considerato tale il prezzo che, rispetto a quello del medicinale di riferimento, presenta un ribasso almeno pari a quello stabilito con decreto adottato dal Ministro della Salute, su proposta dell’AIFA, in rapporto ai volumi di vendita previsti. L...[7]”.

⁷ Pubblicato in G.U.R.L. n. 131 del 6 giugno 2013.

⁸ Sulla base del presupposto che “*le ipotesi di autorizzazione non consentono che le domande di autorizzazione all’immissione in commercio di medicinali generici o biosimilari siano condizionate dalla data di scadenza della tutela brevettuale*” (considerato dal Decreto del Ministero della Salute del 21 luglio 2022), le modifiche apportate nel 2022 al Decreto dispongono la pubblicazione periodica da parte dell’AIFA dell’elenco dei valori di spesa media annua del SSN riferiti nei tre anni precedenti per i principi attivi attualmente in classe di rimborsabilità, i cui diritti di proprietà scadono nell’anno successivo.

⁹ Dec. 9.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Articolo 12, comma 3, del d.l. n.158/2012, come convertito in legge n. 189/2012. “*In deroga al disposto del comma 2,*

21. Il successivo comma 5-ter del citato art. 12 dispone che, per tali medicinali, in caso di mancata presentazione della domanda di classificazione entro trenta giorni dal rilascio dell'AIC, l'AIFA sollecita l'azienda titolare della relativa AIC a presentare la domanda entro i successivi trenta giorni. Decorso inutilmente tale termine, è data informativa nel sito *internet* istituzionale dell'AIFA ed è applicato l'allineamento al prezzo più basso all'interno del quarto livello del sistema di classificazione all'Anatomical Therapeutic Chemical Classification System (di seguito "ATC").

22. Da ultimo, l'articolo 17 della legge n. 118/2022 ha disposto che i produttori di farmaci equivalenti possono presentare all'AIFA istanza di rilascio dell'AIC, nonché istanza per la determinazione del prezzo e la classificazione ai fini della rimborsabilità del medicinale, prima della scadenza del brevetto o del certificato di protezione complementare (di seguito "CPC"). A ciò si aggiunge che è stato disposto che i farmaci equivalenti possono essere rimborsati a carico del SSN a decorrere dalla data di scadenza del brevetto o del CPC sul principio attivo.

23. A riguardo, si richiama brevemente la normativa relativa al CPC e, in particolare, il Regolamento (CE) n. 469/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio sul certificato protettivo complementare per i medicinali.

24. Tale Regolamento, partendo dal presupposto che il periodo fra il deposito di una domanda di brevetto per un nuovo medicinale e l'AIC dello stesso riduce la protezione effettiva conferita dal brevetto a una durata insufficiente ad ammortizzare gli investimenti effettuati nella ricerca così penalizzando la ricerca farmaceutica, disciplina un certificato protettivo complementare per i medicinali la cui immissione in commercio sia stata autorizzata. Tale certificato può essere ottenuto dal titolare di un brevetto per un periodo massimo di cinque anni, che si aggiunge ai venti anni già riconosciuti dal brevetto.

25. Con riguardo agli effetti del CPC, l'articolo 5 precisa che esso conferisce gli stessi diritti che vengono attribuiti dal brevetto di base ed è soggetto alle stesse limitazioni e agli stessi obblighi, ma che esistono delle ipotesi derogatorie nel caso, recentemente ampliate dall'articolo 1, paragrafo 1, punto 2 del Regolamento (UE) n. 2019/933. Infatti, per mezzo di tale regime derogatorio, le aziende con sede nell'UE possono produrre i propri prodotti generici e/o biosimilari nonostante la vigenza del CPC, purché destinati all'esportazione *extra*-UE, in particolare nei territori ove la copertura brevettuale è già scaduta o non è in essere. Inoltre, negli ultimi sei mesi di validità del CPC, è consentita l'attività di stoccaggio propedeutica alla futura immissione sul mercato interno all'Unione, una volta scaduta anche in tale territorio la relativa tutela. In tal modo, l'operatore concorrente potrà essere pronto alla commercializzazione già il giorno successivo alla scadenza del CPC.

IV. I FATTI OGGETTO DI ACCERTAMENTO

a. I farmaci *Byooviz* e *Lucentis*

26. *Byooviz* (ATC: S01LA04; *ranibizumab-nana*), medicinale biotecnologico della cui AIC è titolare Samsung Bioepis NL B.V., è il primo farmaco approvato dall'EMA quale biosimilare di

La domanda riguardante farmaci riferiti ai sensi del regolamento (CE) n. 141/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1999, o altri farmaci di eccezionale rilevanza terapeutica e sociale previsti in una specifica deliberazione dell'AIFA, adottata su proposta della Commissione istituita tecnico-scientifica, o riguardante medicinali utilizzabili esclusivamente in ambiente ospedaliero o in strutture a esso assimilabili, può essere presentata anteriormente al rilascio dell'autorizzazione all'immissione in commercio.

Lucentis¹², di cui ha lo stesso principio attivo (ossia *ranibizumab*)¹³. Il 6 novembre 2019 Bioepis e Biogen concludevano un accordo di commercializzazione in Canada, Europa, Giappone, Australia e negli Stati Uniti per due candidati biosimilari in fase di sviluppo: SB11 (*ad est* Byooviz) e SB15, candidato biosimilare del medicinale aflibercept (EYLEA, marchio registrato di Regeneron Pharmaceuticals). In forza di tale accordo Samsung Bioepis è responsabile dello sviluppo, della registrazione presso le autorità di regolamentazione e della produzione dei prodotti, mentre Biogen si occupa della commercializzazione.

27. Lucentis, sviluppato da Genentech Inc. e commercializzato in Europa da Novartis Europharm Ltd. (v. *infra* §. 73), è un anticorpo antiVEGF a somministrazione intravitale ed è tra i più diffusi prodotti impiegati per il trattamento delle principali malattie retiniche, tra cui la degenerazione maculare legata all'età (di seguito, "AMD") e l'edema maculare diabetico (di seguito, "DME"), patologie ampiamente diffuse tra la popolazione italiana¹⁴. Il CPC di Lucentis si è esaurito il 23 luglio 2022, mentre l'originario brevetto, a sua volta, è scaduto il 3 aprile 2018¹⁵.

b. Le vicende segnalate

28. In data 11 novembre 2022 AIFA ha informato l'Autorità della condotta di Samsung Bioepis NL e Biogen Italia, tale da non aver consentito a oggi la commercializzazione in Italia del farmaco biosimilare Byooviz¹⁶.

29. Quanto trasmesso è stato poi successivamente integrato da una serie di risposte alle richieste di informazioni formulate dagli Uffici¹⁷ necessarie per apprezzare compiutamente la complessità e l'estensione delle condotte in esame¹⁸. Inoltre, nel corso dell'audizione con gli Uffici del 22 gennaio 2024¹⁹, l'Agenzia ha chiarito ulteriormente che la condotta in questione, consiste nel non aver coltivato per un periodo di tempo prolungato l'iter volto alla commercializzazione del biosimilare Byooviz. Inoltre, l'Agenzia ha fornito i dovuti aggiornamenti relativi ai medicinali interessati.

¹² Lucentis è stato oggetto del provvedimento U760 - *Riciclo/Novartis*, provvedimento n. 24823 del 27 febbraio 2014, in Bollettino n. 11/2014. L'attuale regime di prezzo di Lucentis è fissato dalla Determina AIFA del 19 dicembre 2022 (G.U.R.L. n. 1 del 2 gennaio 2023), a seguito di domanda di Novartis Europharm Ltd. del 22 settembre 2021, per cui la confezione ha (al lordo delle riduzioni di legge) un prezzo *ex factory* di 742 euro e al pubblico di 1.224,00 euro a cui si applica lo sconto obbligatorio al SSN complessivamente pari a 48,26%. Pertanto, al netto dello sconto e al lordo delle riduzioni di legge Lucentis ha attualmente un prezzo *ex factory* pari a 383,92 euro e al pubblico 633,61 euro (doc. 15). L'accordo tra AIFA e Novartis Europharm Ltd. relativo a Lucentis si è rinnovato automaticamente nel gennaio 2024 (doc. 16).

¹³ Byooviz è somministrato mediante iniezioni monouso (0,25 ml) per uso intravitale ed è indicato negli adulti (dose raccomandata 0,05 ml) per: il trattamento della degenerazione maculare neovascolare (esudativa) correlata all'età (AMD); il trattamento della diminuzione visiva causata dall'edema maculare diabetico (DME); il trattamento della retinopatia diabetica proliferante (PDR); il trattamento della diminuzione visiva causata dall'edema maculare secondario ad occlusione venosa retinica (RVO di branca o RVO centrale); il trattamento della diminuzione visiva causata da neovascolarizzazione coroideale (CNV); cfr. doc. 3, all. 1.

¹⁴ Doc. 1.

¹⁵ Doc. 18. Fonte: Ufficio Italiano Brevetti e Marchi - Ministero dello Sviluppo Economico e del Made in Italy. La società che ha presentato le domande di brevetto e di CPC è Genentech Inc.

¹⁶ Doc. 1.

¹⁷ Precisamente, nelle date: 15 dicembre 2022, 7 febbraio 2023, 12 aprile 2023 e 6 giugno 2023 (doc. 2, 5, 6, 8).

¹⁸ Le risposte sono state fornite precisamente il 13 gennaio, il 19 maggio e il 10 agosto 2023, nonché il 19 gennaio 2024 (doc. 3, 7, 9 e 15). Un ultimo sintetico aggiornamento è stato trasmesso il 13 maggio 2024 (doc. 25).

¹⁹ Doc. 16.

30. Al fine di comprendere l'oggetto e il contesto della regolazione, occorre ripercorrere l'iter regolatorio di Byooviz, a partire dalla procedura avviata a livello europeo.

31. Infatti, a seguito di specifica richiesta del 10 settembre 2020, Samsung Bioepis NL B.V. il 18 agosto 2021 ha ricevuto tramite procedura centralizzata l'AIC per Byooviz, quale farmaco biosimilare di Lucentis, con decisione n. 6209 della Commissione Europea (previo parere positivo dell'EMA), ai sensi dell'articolo 3.1. e del punto 1 dell'allegato al Regolamento (UE) n. 726/2004.

32. Per mezzo di tale AIC, Samsung Bioepis NL era quindi legittimata ad avviare la commercializzazione di Byooviz in tutti gli Stati membri dell'Unione Europea per il trattamento per adulti delle principali malattie retiniche, tra cui la AMD e il DME. L'autorizzazione ha una validità di cinque anni a decorrere dalla notificazione della decisione da parte della Commissione (articolo 14 del Regolamento (UE) n. 726/2004).

33. A livello nazionale, nella seduta della Commissione Tecnico-Scientifica (CTS) dell'AIFA del 4-6 ottobre 2021, Byooviz è stato classificato ai fini della fornitura come farmaco ospedaliero ("Medicinale soggetto a prescrizione medica limitativa, utilizzabile esclusivamente in ambiente ospedaliero o in struttura a esso assimilabile (OSP)") ed è stato precisato che "la Determina si potrà pubblicare solo dopo approvazione delle misure aggiuntive di minimizzazione del rischio da parte dell'Ufficio di FV"²⁰.

34. Pertanto, per l'adozione della determina di AIC in fascia C(nn), nelle more del raggiungimento di un accordo sul prezzo, il titolare dell'AIC, Samsung Bioepis NL, per il tramite del suo rappresentante italiano Biogen Italia, era tenuto ad assolvere all'obbligo di presentazione del materiale educativo indicato nelle misure aggiuntive di minimizzazione del rischio, come richiesto dalla Commissione²¹.

35. AIFA ha poi più volte sollecitato Biogen Italia (segnatamente in tali date: 27 ottobre 2021, 20 maggio 2022, 21 giugno 2022, 19 luglio 2022²²) a trasmettere il materiale educativo necessario per completare la procedura di AIC in classe C(nn). Solo il 29 luglio 2022 Biogen Italia rispondeva ad AIFA, dichiarando di non avere la documentazione disponibile e che "relativamente alla richiesta aggiuntiva relativa alla presentazione formale dell'istanza di ammissione alla rimborsabilità, in questa fase Biogen non è in grado di impegnarsi a una data specifica [...]"²³.

36. Nel frattempo la Commissione europea, con decisione n. 7083 del 29 settembre 2022, ha autorizzato una nuova confezione di Byooviz, a seguito di richiesta della stessa Samsung Bioepis NL²⁴.

²⁰ Doc. 3 al. 1. Conferenza autorizzate: EL/0121/1572001 AIC: 048699019 E la base 32: 3HDDFV 10 mg/ml - soluzione iniettabile - uso intravitreo - flaconcino (vetro) 0,25 ml - 1 flaconcino + 1 ago filtro + 1 ago per iniezione.

²¹ Cfr. Allegato II dell'autorizzazione EMA, p. 28: "Prima del lancio di Byooviz in ciascuno Stato Membro il titolare dell'autorizzazione all'immissione in commercio deve concordare il contenuto e il formato del materiale educativo con le autorità nazionali competenti. Il materiale educativo ha lo scopo di fornire adeguate istruzioni ai pazienti in merito ai segni e ai sintomi chiave delle potenziali reazioni avverse e ai casi in cui è necessario consultare urgentemente il medico, per assicurare la rapida identificazione e il rapido trattamento di tali eventi".

²² Doc. 7 al. 2, doc. 7, doc. 1 al. 1.

²³ Doc. 1 al. 1.

²⁴ Decisione pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 31 ottobre 2022 (doc. 7 al. 1).

37. La variazione di AIC veniva quindi sottoposta alla valutazione della CTS nella riunione del 7-9 novembre 2022, che approvava il medesimo regime di fornitura ospedaliero²⁵.

38. Solo il 2 dicembre 2022 Biogen Italia ha trasmesso il materiale educativo richiesto. A seguito di alcune richieste di revisione, il materiale definitivo è stato poi completato a fine gennaio 2023²⁶. Il fascicolo, quindi, veniva approvato il 1° febbraio 2023 dall'Ufficio misure di gestione del rischio di AIFA²⁷.

39. Il 18 aprile 2023 veniva pubblicata la Determina di classificazione in C(mn) di Byovoiv ex articolo 12, comma 5, del d.l. n. 158/2012, come convertito in l. n. 189/2012, pubblicata in G.U.R.I. n. 95 del 22 aprile 2023²⁸.

40. Il 4 maggio 2023 il settore HTA ed economia del farmaco di AIFA, quindi, ha sollecitato Samsung a trasmettere l'istanza negoziale ai fini dell'eventuale classificazione del farmaco in fascia di rimborsabilità²⁹.

41. Tuttavia, Samsung Bioepis NL e Biogen Italia da allora non hanno più dato seguito ai solleciti di AIFA né Byovoiv risulta ancora commercializzato in Italia quale farmaco in classe C(mn)³⁰.

42. Ciò posto, AIFA ritiene anomala la condotta delle Società che, innanzitutto, nonostante la proattività dell'Agenzia e solo a seguito delle molteplici richieste da parte della stessa, hanno assolto ai limitati adempimenti necessari per l'adozione della determina di AIC in fascia C(mn), nelle more del raggiungimento di un accordo sul prezzo. Una volta però pubblicata la delibera, Biogen Italia non ha mai trasmesso la necessaria domanda di prezzo e, pertanto, considerato che l'AIC rilasciata dall'EMA risale ad agosto 2021, per l'Agenzia appare di difficile spiegazione la circostanza che tale farmaco potenzialmente dotato di elevata redditività³¹ non sia ancora entrato in commercio in Italia, nonostante il lungo lasso di tempo intercorso dal rilascio dell'AIC e dalla scadenza del CPC di Lucentis e visto che la molecola *ranibizumab* è altamente remunerativa, avendo il Lucentis un valore di quasi 50 milioni di euro di fatturato annuale.

43. A sostegno della peculiarità del comportamento delle aziende in questione, l'AIFA richiama la circostanza che in molti casi le aziende produttrici di biosimilari si sono avvalse della possibilità prevista dalla normativa di chiedere l'ammissione alla rimborsabilità e di negoziare il prezzo in anticipo rispetto alla scadenza del brevetto (v. *supra* §. 20), in modo da entrare il prima possibile nel mercato. Ciò quindi conferma l'anomalia delle condotte relative al biosimilare del *ranibizumab*, che

²⁵ Doc. 3 all. 2. Condizioni autorizzate: EU/1/21/1572/002 AIC: 049689021 /E la base 32: 1HDDFX, 10 mg/ml - Soluzione iniettabile - Uso intravitreo - Flacocino (vetro) 0,23 ml - 1 flaconcino.

²⁶ Doc. 7.

²⁷ Doc. 7 all. 3.

²⁸ Doc. 7 all. 1.

²⁹ Doc. 9 all. 2.

³⁰ Doc. 9 all. 1.

³¹ Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

³² Nel 2022 la spesa totale per il *ranibizumab* è ammontata a (40-50) milioni di euro e, in generale, la spesa per i farmaci autorizzati al trattamento delle patologie della vista derivate a disordini vascolari oculari (includendo *afibercept*, *brodalumab* e *ranibizumab* e non anche *foxaciclovir*) è ammontata a 143.712.638 euro (doc. 9).

oltre due anni dopo dall'autorizzazione di EMA (agosto 2021) e a scadenza brevettuale intercorsa (luglio 2022), non risulta ancora in commercio in Italia³².

44. Peraltro, l'Agenzia evidenzia come per Byooviz, ai sensi del citato articolo 12, comma 3, del d.l. n. 158/2012, sarebbe stato possibile presentare la domanda di classificazione come medicinale erogabile a carico del SSN subito dopo l'opinione del CHMP dell'EMA, ovvero il 9 agosto 2021³³.

45. Per AIFA il comportamento appare privo di giustificazioni dato l'ovvio interesse che Samsung Bioepis NL e Biogen Italia avrebbero dovuto dimostrare nel coltivare l'iter procedurale ai fini della commercializzazione del farmaco³⁴. Inoltre, secondo l'Agenzia, un ritardo di tre anni ha delle inevitabili ricadute in termini di mancati risparmi di spesa pubblica, tale da comportare un potenziale risparmio pari al 33,30% rispetto al fatturato complessivo di circa 50 milioni di euro³⁵.

c. L'accordo di licenza

46. Il 20 settembre 2021 Samsung Bioepis Co. Ltd. e Biogen Inc. hanno pubblicato un comunicato stampa in occasione dell'approvazione di Byooviz da parte della statunitense *Food and Drug Administration* (di seguito, "FDA"), in cui si afferma che: "Pursuant to a global license agreement entered into with Genentech, Samsung Bioepis and Biogen will have freedom to market SB11 in the United States as of June 2022, i.e., before expiration of Genentech's applicable SPCs, and elsewhere in other territories after expiration of Genentech's SPCs."

Secondo il comunicato, quindi, in forza di un accordo di licenza globale stipulato con Genentech, Samsung Bioepis e Biogen viene consentita la commercializzazione di Byooviz negli Stati Uniti a partire da giugno 2022, ovvero prima della scadenza del CPC statunitense, mentre negli altri territori dopo la scadenza del relativo CPC di Genentech³⁶.

47. Tra il 21 e il 23 settembre 2021 è commentata da alcuni giornali di settore la notizia del raggiungimento di un accordo di licenza tra Samsung Bioepis-Biogen e Genentech.

48. In particolare, il 21 settembre 2021 il *Daily Health Industry* riporta che "Secondo quanto affermato dalle due società in una dichiarazione congiunta [n.d.r. Samsung Bioepis e Biogen], la versione biosimilare appena approvata potrà essere commercializzata negli USA a partire da giugno 2022, come parte di un accordo con l'unità Genentech di Roche. Lucentis, che già deve affrontare il competitor di Novartis Beovu, è approvato per il trattamento di malattie oculari quali la degenerazione maculare legata all'età e ha registrato un fatturato di 1,5 miliardi di dollari nel 2020."³⁷ Già all'indomani del comunicato stampa, *Pharmaceutical Technology* il 21 settembre 2021 osserva: "Estimates show that savings in the next five years from 2020 to 2024 due to the use of biosimilars are expected to cross \$100bn in the US."³⁸

³² Doc. 16.

³³ Doc. 7.

³⁴ Doc. 16.

³⁵ Doc. 16.

³⁶ Doc. 10 al. 1, <https://www.samsungbioepis.com/en/pressroom/pressroom/press/254>, ultimo accesso in data 24 aprile 2024.

³⁷ Doc. 10 al. 2, <https://www.dailyhealthindustry.it/samsung-bioepis-biogen-glia-approva-biosimilare-di-lucentis-en-102240.html>, ultimo accesso in data 24 aprile 2024.

³⁸ Doc. 10 al. 3, <https://www.pharmaceutical-technology.com/news/samsung-bioepis-biogen-biosimilar-licensing/>, ultimo accesso in data 24 aprile 2024.

49. La notizia dell'accordo è riferita il 23 settembre 2021 anche da *Korea Biomed*³⁹, mettendo però in risalto che esso sia avvenuto immediatamente dopo il rilascio dell'AIC in Europa da parte di EMA (18 agosto 2021) e dando adito all'ipotesi che ci possa essere una strategia volta a ritardare l'ingresso nel mercato di Byooviz: *"Industry watchers said Samsung Bioepis might have agreed with Genentech on when to release Byooviz in the U.S. and Europe as the two signed the license agreement after Europe's marketing approval in August. Such speculation emerged because Samsung Bioepis suddenly disclosed the information about the license agreement with Genentech. The Korean company used to be reluctant to comment on the original drug developer's patent strategy to delay the market entry of the biosimilar. Before Samsung Bioepis started selling Herceptin biosimilar Ontruzant (trastuzumab) in the U.S. in 2019, it ended the patent dispute with the developer of the original drug, Genentech, and entered a license agreement. Samsung Bioepis refused to comment on the market release of Byooviz. However, the company said it can sell the biosimilar as of June 2022 before the expiration of Genentech's Supplementary Protection Certificate (SPC). In other regions, it can market the product after Genentech's SPC expires."*

50. Su *Generics Bulletin* il 22 settembre 2021 è pubblicata un'analisi del comunicato stampa di Samsung Bioepis e di Biogen intitolata *"US Lucentis Competition Expectations Upended By Byooviz"*⁴⁰. Nell'articolo si esprime sorpresa in relazione all'indicazione del giugno 2022 come data di ingresso nel mercato statunitense di Byooviz, considerato che Roche (società madre di Genentech) aveva precedentemente comunicato che il biosimilare di Lucentis era invece atteso per la seconda metà del 2021. Inoltre, Genentech si è rifiutata di commentare come siano cambiate le aspettative rispetto all'ingresso di Byooviz nel mercato statunitense per l'appunto già atteso per la fine del 2021, insistendo invece che *"we have long-supported FDA's efforts to implement a science-based pathway for the approval of biosimilars and believe that they have a role in the healthcare system."* Nel medesimo articolo si legge che per Byooviz *"Launch in Europe is expected in early 2022 as supplementary protection certificates (SPCs) linked to the brand expire"*.

51. Più recentemente un articolo del *The Korea Herald* del 5 marzo 2023⁴¹, oltre ad affermare che il precedente 22 febbraio Byooviz aveva iniziato a essere commercializzato in Germania, nuovamente si fa riferimento alla circostanza che *"Bioepis plans to gradually bring SB11 to North American and European markets. Specific launch dates are different for each country according to the licensing contract that it co-signed with Genentech."*

V. VALUTAZIONI

a. Il mercato rilevante

52. Secondo costante orientamento giurisprudenziale in materia di intese, la definizione del mercato rilevante è essenzialmente volta a individuare le caratteristiche del contesto economico e giuridico nel quale si colloca l'accordo o la pratica concordata. Tale definizione è, dunque, funzionale alla

³⁹ Doc. 10 al. 4, <https://www.koreabiomed.com/news/article/view/2191> ultimo accesso in data 24 aprile 2024.

⁴⁰ Doc. 10 al. 5, <https://generics.bulletin.com/G015/296/US-Lucentis-Competition-Expectations-Upended-By-Byooviz> ultimo accesso in data 24 aprile 2024.

⁴¹ Doc. 10 al. 7, <https://www.koreaherald.com/view.php?rid=20230305000128> ultimo accesso in data 24 aprile 2024.

delimitazione dell'ambito nel quale l'intesa può restringere o falsare il meccanismo concorrenziale e alla decifrazione del suo grado di offensività⁴².

53. Si premette, inoltre, che sulla base della consolidata prassi della Commissione europea e dell'Autorità, ai fini dell'identificazione del mercato rilevante del prodotto nel settore farmaceutico vengono in rilievo le classi terapeutiche, ovvero l'azione chimica e lo scopo terapeutico del medicinale prodotto e/o commercializzato. Tali classi sono individuate facendo ricorso all'*Anatomical Therapeutic Chemical Classification System* (di seguito, "ATC"), in base a cui i farmaci sono suddivisi secondo una classificazione di tipo alfa-numerico articolata in cinque livelli gerarchici.

54. In generale, per la cura di patologie della vista dovute a disordini vascolari oculari, allo stato, oltre il Lucentis (*rambizumab*) di Novartis Europharm Ltd, sono altresì disponibili sul mercato anche farmaci a base di altri principi attivi, tutti inclusi nella classe di rimborso HOSP, quali Beovu (*brolucizumab*), commercializzato da Novartis; Eylea (*aflibercept*), commercializzato da Bayer; Vabysmo (*faricimab*), commercializzato da Roche; Avastin di Roche e i suoi biosimilari Abevmyr, Alymsis, Myasi e Oyavas (tutti a base di *bevacizumab*), registrati per impieghi terapeutici non oftalmici e usi non intravitreali, ma somministrati *off-label* per il trattamento dell'AMD e del DME e perciò ricompresi nella c.d. Lista *ex lege* n. 648/1996⁴³.

55. Le condotte oggetto del procedimento, consistenti in un possibile coordinamento tra il titolare dell'AIC del farmaco *originator* Lucentis e il titolare dell'AIC del suo biosimilare Byovoviz interessano primariamente il mercato della stessa molecola che compone ambedue le specialità medicinali, ovvero il *rambizumab*.

56. L'assenza di sostituibilità tra farmaci basati su principi attivi diversi, nel caso di specie, trova conferma nella considerazione della disciplina applicabile in tema di acquisto di farmaci biotecnologici da parte delle strutture pubbliche.

57. In particolare, sul piano della distribuzione, i farmaci biotecnologici oggetto di analisi sono acquistati dagli ospedali e/o dalle Aziende Sanitarie Locali tramite procedure competitive di selezione dei fornitori. Al riguardo rileva l'articolo 15, comma 11-*quater*, del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modifiche in legge 7 agosto 2012, n. 135, nella parte in cui dispone che "Nelle procedure pubbliche di acquisto per i farmaci biosimilari non possono essere posti in gara nel medesimo lotto principi attivi differenti, anche se aventi le stesse indicazioni terapeutiche".

58. La disposizione appena riportata esclude, dunque, la possibilità di mettere in gara nel medesimo lotto principi attivi differenti, anche se aventi le stesse indicazioni terapeutiche. Ciò, per il caso di specie, implicherebbe che le procedure di acquisto dei farmaci utilizzati per il trattamento delle principali malattie retiniche (AMD e DME) siano strutturate sulla base di lotti aventi a oggetto farmaci contenenti i medesimi principi attivi.

⁴² Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 3 giugno 2014, n. 2837 e, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 15 aprile 2021, n. 3566.

⁴³ L'accertamento della sovrapponibilità terapeutica tra i farmaci menzionati è stata effettuata da AIFA, infatti, con la Determinazione n.1379 del 28 dicembre 2020, pubblicata in G.U. n. 325 del 31 dicembre 2020 (c.d. Nota 98), l'Agenzia ha, infatti, ritenuto che *aflibercept*, *bevacizumab*, *brolucizumab* e *rambizumab* possono essere considerati principi attivi sostanzialmente sovrapponibili per l'indicazione terapeutica AMD; mentre *aflibercept*, *bevacizumab* e *rambizumab* possono essere considerati sovrapponibili per l'indicazione terapeutica DME nei pazienti con visus non peggiori di 20/40 (ossia, pari ad almeno 5/10).

59. Si tenga anche conto che, con precipuo riferimento ai biosimilari, la Commissione europea, nell'ambito della valutazione di alcune operazioni di concentrazione, ha anche condotto un'indagine di mercato da cui è emerso che il biosimilare concorre solo con l'originator⁴⁴.

60. Tenuto conto di ciò, il mercato rilevante nel caso di specie, in via di prima approssimazione, appare definibile come quello dello stesso principio attivo *ranibizumab* (ATC: S01LA04), molecola effettivamente destinata alla cura delle principali malattie retiniche AMD e DME, pertanto il sottogruppo terapeutico di riferimento è ATC-5 (principio attivo).

61. Con riferimento alla dimensione geografica, i mercati della produzione e commercializzazione di farmaci sono ritenuti usualmente nazionali sia dalla Commissione sia dall'Autorità⁴⁵. Ciò in considerazione delle differenze tra le politiche sanitarie dei singoli Paesi (per tali intendendosi la regolamentazione dei prezzi, delle modalità di rimborso, della classificazione dei medicinali, dei canali distributivi) e dei diversi regimi di accesso (ovvero i regimi di brevetto e di autorizzazione all'immissione in commercio). Per tali ragioni, il mercato del prodotto più sopra individuato ha estensione limitata al territorio nazionale.

62. Nel mercato italiano del *ranibizumab* rientrano, quindi, solo Lucentis e i suoi biosimilari, ovvero Byooviz, Ranivisio di Midas Pharma GmbH e Ximluci di Stada Arzneimittel AG.

63. Ranivisio, al pari di Byooviz, non è in commercio ed è solo classificato in fascia C(na), in forza della determina AIFA n. 1 del 9 gennaio 2024⁴⁶, mentre Ximluci è stato ammesso alla rimborsabilità in classe H con Determina AIFA n. 749 dell'11 dicembre 2023. Si rileva che il prezzo ora applicato a Ximluci è conforme al Decreto Scaglioni, ovvero è il risultato dell'applicazione dello sconto del 33,3% all'ultimo prezzo applicato a Lucentis (v. sopra §. 17)⁴⁷.

b. Le condotte contestate

64. Dalle informazioni disponibili si potrebbe desumere l'esistenza, quantomeno da settembre 2021, di un coordinamento delle strategie commerciali tra Samsung Bioepis e Biogen, da un lato, e Genentech e Novartis, dall'altro, relativamente all'entrata in commercio di Byooviz.

65. Il coordinamento delle rispettive condotte avrebbe a oggetto, in particolare, la mancata commercializzazione di Byooviz in Italia, pur potendo quest'ultimo essere disponibile sul mercato italiano quantomeno dal 25 luglio 2022, ovvero dalla scadenza dei diritti di privativa di Lucentis.

66. Infatti, dal comunicato stampa di Samsung Bioepis del 20 settembre 2021 risulta che Samsung Bioepis e Genentech hanno concluso un accordo di licenza globale in forza del quale è stato possibile per Samsung Bioepis e Biogen commercializzare Byooviz negli Stati Uniti a partire da giugno 2022, ovvero prima della scadenza del CPC di Genentech applicabile negli Stati Uniti d'America. La formulazione del comunicato stampa suggerisce che le Parti si siano accordate, altresì, sulla data di

⁴⁴ Decisioni della Commissione europea del 4 agosto 2015, M.7558 - *Pfizer/Novartis*, §. 23 e del 20 novembre 2018M.8955 - *Takeda/Shire*, §. 47.

⁴⁵ Cfr., *inter alia*, decisione della Commissione europea, M.7359 - *Pfizer/Hospira*, cit., §. 30; provvedimento n. 24823 del 27 febbraio 2014, *Euro-Roche-Novartis/Sanofi-Aurora e Lucentis*, cit.; provvedimento n. 23194 dell'11 gennaio 2012 A431 - *Rosaplexon/Pfizer*, in Bollettino n. 222012.

⁴⁶ In pubblicazione in G.U.R.L. n. 297 del 21 dicembre 2023.

⁴⁷ In data 13 maggio 2024 AIFA ha reso noto agli Uffici dell'Autorità che, in occasione dell'ultima riunione del Consiglio di Amministrazione dell'Agenzia, è stata approvata la confezione del medicinale Ximluci e che, a seguito della pubblicazione in una prossima edizione della Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Ximluci sarà disponibile in classe H05P-Nota 98 (Doc. 25).

commercializzazione di Byooviz in altri Paesi, dopo la scadenza dei relativi CPC di Genentech (*"Specific launch dates are different for each country according to the licensing contract that is assigned with Genentech"* - *Korea Herald*, 5 marzo 2023⁴⁸).

67. Pertanto, se l'accordo di licenza potrebbe trovare una giustificazione con riferimento all'ingresso di Byooviz nel mercato statunitense prima della scadenza del relativo CPC, ciò non vale per gli altri Paesi. A riguardo, si osserva che, dal momento in cui i diritti di privativa del farmaco di riferimento sono spirati, per produrre e commercializzare un farmaco biosimilare non è necessario concludere un accordo di licenza con l'originator. Pertanto, non si ravvisa alcuna esigenza di affrontare nell'ambito di un accordo di licenza il tema della data di ingresso del biosimilare negli altri mercati geografici a CPC dell'originator scaduto.

68. Come sopra già precisato, a oggi il farmaco Byooviz non è ancora commercializzato in Italia. In proposito, si tenga presente che il CPC di Lucentis si è esaurito il 23 luglio 2022. Pertanto, considerato che Byooviz era già dotato di un'AIC (v. *supra* §. 31), Samsung Bioepis NL - sin dal giorno seguente detta scadenza - avrebbe potuto potenzialmente essere pronta al *"Day-1 launch"*, ovvero all'effettiva commercializzazione in Italia, alla luce dell'ipotesi derogatoria del citato articolo 5 del Regolamento (CE) n. 469/2009 (v. *supra* §. 25), che consente lo stoccaggio del medicinale generico o biosimilare a partire dai sei mesi antecedenti la scadenza del CPC.

69. In tale ottica, occorre precisare che Samsung Bioepis NL e Biogen Italia avrebbero già potuto sottoporre ad AIFA la domanda di classificazione del farmaco a carico del SSN sin dal 9 agosto 2021 (data del rilascio dell'opinione del CHMP di EMA), ai sensi dell'articolo 12, comma 3, del Decreto Balduzzi (v. *supra* §. 20). Tuttavia, non solo le Società non si sono avvalse di tale possibilità, ma sono stati necessari i solleciti di AIFA per depositare il materiale educativo dovuto per la classificazione (quantomeno in C(n)). Inoltre, le Società non hanno mai dato seguito alla richiesta dell'Agenzia di maggio 2023 ai fini della classificazione in fascia di rimborsabilità.

70. A ciò si aggiunga che, dalle informazioni finora raccolte, non è stato possibile individuare una specifica giustificazione della circostanza per cui non solo il farmaco biosimilare, relativo a un mercato particolarmente remunerativo e per il quale sono stati compiuti degli investimenti (v. *supra* §. 13), non sia ancora entrato in commercio in Italia. Inoltre, è emerso che sono stati necessari ripetuti solleciti di AIFA affinché Samsung Bioepis NL e Biogen Italia depositassero il materiale educativo indispensabile per la classificazione (quantomeno in C(n)). Infine risulta che, a seguito della classificazione, non è stata avviata alcuna negoziazione di prezzo. Come evidenziato dalla stessa Agenzia (v. *supra* §§. 42-45) il comportamento di Samsung Bioepis NL e Biogen Italia, per cui da quasi due anni dalla scadenza del CPC Byooviz non è ancora commercializzato in Italia, è anomalo sia in considerazione del valore di mercato del farmaco sia alla luce della prassi dei titolari di AIC di farmaci biosimilari di entrare non appena possibile in commercio, anche alla luce del quadro normativo-regolatorio vigente.

71. L'interesse dei gruppi Samsung Bioepis e Biogen nell'adottare questa condotta dilatoria potrebbe rinvenirsi, quindi, in una concertazione illecita, di cui l'accordo di licenza per Byooviz stipulato con Genentech nel settembre 2021 potrebbe essere una manifestazione, avendo proprio a oggetto l'ingresso del biosimilare da parte dei gruppi Samsung Bioepis e Biogen nei vari mercati mondiali. Di tal guisa, i gruppi Samsung Bioepis e Biogen otterrebbero un ingresso anticipato nel

⁴⁸Doc. 10 al. 5.

mercato statunitense impegnandosi contestualmente a posticipare l'entrata in altri mercati (tra cui l'Italia) anche ben oltre la scadenza dei diritti di privativa di Lucentis.

72. Con riferimento alla commercializzazione di Lucentis occorre ricordare che Genentech è la casa farmaceutica interamente controllata dal gruppo Roche che ha sviluppato Lucentis, nonché la titolare dei relativi diritti di privativa vigenti in Italia, tanto che la domanda di brevetto e di relativo CPC all'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi è stata trasmessa da quest'ultima e non già da Novartis⁴⁹.

73. Genentech aveva stipulato già nel 2003 un accordo di commercializzazione con il gruppo Novartis che garantisce a quest'ultimo i diritti di esclusiva di Lucentis per tutto il mondo (a eccezione dei soli Stati Uniti d'America per cui Genentech ha mantenuto tali diritti). In forza di tale accordo Genentech beneficia, oltre che di un pagamento iniziale e una serie di pagamenti *usa tantum*, anche di *royalty* commisurate alle vendite di Lucentis al di fuori degli Stati Uniti d'America⁵⁰. La titolare dell'AIC di Lucentis in Italia è Novartis Europharm Ltd., che è anche responsabile della farmacovigilanza e dei rapporti con le autorità di regolazione.

74. Ciò posto, l'ipotizzato coordinamento tra i gruppi Samsung Bioepis/Biogen e Genentech attraverso l'accordo di licenza, in virtù del riferimento anche a Paesi del mondo diversi dagli Stati Uniti d'America, potrebbe coinvolgere anche il gruppo Novartis, quantomeno rispetto alla sua implementazione. Su Novartis, peraltro, ricadrebbe anche il beneficio derivante dalla prosecuzione di fatto del monopolio sul *ranibizumab* nei territori di cui gode dell'esclusiva commerciale su Lucentis, tra cui l'Italia.

75. La concertazione potrebbe, infatti, ascrivere a una strategia di Genentech (e, quindi, anche di Novartis) per estrarre ulteriori rendite monopolistiche dal Lucentis anche successivamente all'esaurimento del CPC. Rispetto agli interessi di Genentech nella distribuzione del Lucentis in Europa, si ricorda che, dall'accordo stipulato con Novartis, Genentech trae delle *royalty* dalla vendita del farmaco sul territorio europeo (v. *supra* §. 73).

76. Una siffatta condotta, pertanto, è in grado di limitare l'ingresso nel mercato italiano di Byooviz, nonostante l'esaurimento dei diritti di privativa di Lucentis e la vigenza dell'AIC di Byooviz. Né si esclude che tali restrizioni possano discendere da ulteriori e diverse forme di interlocuzioni o di coordinamento tra le Parti.

77. Tali condotte, ove confermate, rivelerebbero l'esistenza di un'alterazione delle dinamiche competitive capaci di limitare artificiosamente la concorrenza sui meriti per avere le Parti ostacolato la commercializzazione in Italia del biosimilare Byooviz, pur essendo il CPC italiano di Lucentis già spirato il 23 luglio 2022.

78. Nello specifico del settore farmaceutico siffatte condotte dilatorie dell'ingresso nel mercato di un farmaco biosimilare concorrente a quello originario determinano ripercussioni negative sui possibili risparmi per gli acquisti a carico del SSN, oltre che pregiudizi nei confronti dei pazienti e dei contribuenti in termini di ampiezza dell'offerta e di prezzi più ridotti, posto che tendenzialmente i farmaci biosimilari vengono commercializzati a un prezzo significativamente inferiore a quello dei rispettivi *originator* (v. *supra* §§. 16-17).

⁴⁹ Doc. 20.

⁵⁰ *Licensing and Collaboration Agreement - "Accordo G.N.", v. provvedimento n. 24823 del 27 febbraio 2014, V760 Roche/Novartis*, cit., §§. 58-62.

79. Quanto descritto potrebbe essere il risultato di un'intesa orizzontale, sotto forma di accordo o pratica concordata, finalizzata a evitare un corretto confronto concorrenziale tra operatori nel mercato del principio attivo *rasbuzumab*.

c. Il pregiudizio al commercio intraeuropeo

80. Il concetto di pregiudizio al commercio intraeuropeo deve essere interpretato tenendo conto dell'influenza, diretta o indiretta, reale o potenziale, sui flussi commerciali tra gli Stati membri.

81. In considerazione del fatto che la condotta contestata a Samsung Bioepis co. Ltd., Samsung Bioepis NL B.V., Biogen Inc., Biogen Italia S.r.l., Genentech Inc., Novartis AG, Novartis Europharm Ltd. e Novartis Farma S.p.A. interessa il mercato nazionale, che costituisce parte rilevante del mercato eurounitario, e appare suscettibile di alterare le condizioni di commercio tra gli Stati membri⁵¹.

82. In conclusione, l'insieme degli elementi agli atti consente di ipotizzare l'esistenza di una possibile intesa restrittiva della concorrenza tra le Parti volta a restringere la concorrenza nel mercato del principio attivo *rasbuzumab* in violazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

RITENUTO, pertanto, che le condotte sopra descritte, poste in essere dalle società Samsung Bioepis co. Ltd., Samsung Bioepis NL B.V., Biogen Inc., Biogen Italia S.r.l., Genentech Inc., Novartis AG, Novartis Europharm Ltd. e Novartis Farma S.p.A. siano suscettibili di configurare un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del TFUE:

DELIBERA

a) di avviare l'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/1990, nei confronti delle società Samsung Bioepis co. Ltd., Samsung Bioepis NL B.V., Biogen Inc., Biogen Italia S.r.l., Genentech Inc., Novartis AG, Novartis Europharm Ltd. e Novartis Farma S.p.A., per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 101, paragrafo 1, del TFUE;

b) di fissare il termine di sessanta giorni, decorrente dalla notificazione del presente provvedimento, per l'esercizio da parte dei legali rappresentanti delle Parti, o di persone da essi delegate, del diritto di essere sentiti, precisando che la richiesta di audizione dovrà pervenire alla Direzione Cartelli, *Leniency* e *Whistleblowing* del Dipartimento Concorrenza-1 di questa Autorità almeno quindici giorni prima della scadenza del termine sopra indicato;

c) che la responsabile del procedimento è la dott.ssa Elisabetta Maria Lanza;

d) che gli atti del procedimento possono essere presi in visione presso la Direzione Cartelli, *Leniency* e *Whistleblowing* del Dipartimento Concorrenza-1 di questa Autorità dai rappresentanti legali delle Parti, nonché da persone da essi delegate;

⁵¹ Cir., in senso conforme, la Comunicazione della Commissione, "Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri" (in GUCE C104/81 del 27 aprile 2004).

e) che il procedimento deve concludersi entro il 30 settembre 2025.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE

Guido Stazi

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE

CI2615 - ALPACEM CEMENTI ITALIA/RAMO DI AZIENDA DI BUZZI UNICEM

Provvedimento n. 31204

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 21 maggio 2024;

SENTITO il Relatore Saverio Valentino;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287 e, in particolare, l'articolo 16, comma 8, che disciplina la proroga del termine per la conclusione dell'istruttoria avviata in relazione a un'operazione di concentrazione;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la propria delibera del 26 marzo 2024, con cui è stata avviata un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/1990, nei confronti delle società Alpacem Cementi Italia S.p.A., Alpacem Calcestruzzi Italia S.r.l., Buzzì S.p.A. e le sue controllate Buzzì Unicem S.r.l. e Unicalcestruzzi S.p.A.;

VISTE le comunicazioni del 9 maggio 2024 e del 21 maggio 2024, con cui sono state richieste alle società Alpacem Cementi Italia S.p.A. e Alpacem Calcestruzzi Italia S.r.l. informazioni necessarie ai fini della valutazione dell'operazione di concentrazione;

VISTE le comunicazioni, pervenute il 10 maggio 2024 e il 21 maggio 2024, con cui Alpacem Cementi Italia S.p.A. e Alpacem Calcestruzzi Italia S.r.l. hanno manifestato l'impossibilità di fornire nei tempi assegnati alcune informazioni, richiedendo una proroga di 30 giorni, e rappresentato altresì di prestare acquiescenza a un eventuale esercizio da parte dell'Autorità dei poteri di cui all'art. 16, comma 8, della legge n. 287/1990 ultimo periodo, che consente di prorogare il termine di conclusione del procedimento per un periodo non superiore a trenta giorni;

CONSIDERATO che le informazioni richieste, necessarie ai fini della valutazione del caso, non potranno essere acquisite nei termini previsti e, quindi, compiutamente valutate entro l'attuale termine di conclusione del procedimento;

RITENUTO, pertanto, necessario prorogare il termine di conclusione del procedimento ai sensi dell'articolo 16, comma 8, della legge n. 287/1990;

DELIBERA

di prorogare al 24 luglio 2024 il termine di conclusione del procedimento.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati ai sensi dell'articolo 16, comma 3, del D.P.R. n. 217/1998.

Il presente provvedimento sarà pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Guido Stazi

IL PRESIDENTE
Roberto Rastichelli

C12620 - WIND TRE/BRIGHTCO*Provvedimento n. 31205***L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO**

NELLA SUA ADUNANZA del 21 maggio 2024;

SENTITA la Relatrice, Professoressa Elisabetta Inssa;

VISTO il Regolamento CE n. 139/2004;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la comunicazione della società Wind Tre S.p.A., pervenuta in data 2 aprile 2024;

VISTA le comunicazioni integrative della società Wind Tre S.p.A., pervenute in data 12 e 24 aprile 2024;

VISTO il parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, pervenuto in data 20 maggio 2024;

VISTA la documentazione agli atti;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Wind Tre S.p.A. (di seguito, "W3") è una società di diritto italiano indirettamente controllata, in ultima istanza, da CK Hutchison Holdings Limited (di seguito, "CK Hutchison"), società controllante del gruppo CK Hutchison (di seguito, "Gruppo CK Hutchison") che è attivo a livello globale su quattro aree di *business*: i) porti e servizi connessi; ii) commercio al dettaglio; iii) infrastrutture; e iv) telecomunicazioni. W3 è operatore attivo in Italia nel settore delle telecomunicazioni fisse e mobili, nella fornitura di servizi di accesso mobile a *internet*, di servizi di telefonia mobile e fissa *broadband* e *ultra-broadband*, nonché all'offerta convergente fissa-mobile. Nell'anno 2022, il Gruppo CK Hutchison ha realizzato in Italia un fatturato consolidato di circa 11-5)* miliardi di Euro.

2. Opnet S.p.A. (di seguito, "OpNet" o la società "Venditrice") è un operatore *wholesale* nazionale nella costruzione e nella gestione di reti 5G, *Fixed Wireless Access* e in fibra ottica, nonché nella realizzazione di *Private Network*, ponti radio e soluzioni verticali dedicate al mondo industriale. La società ha operato nel mercato delle telecomunicazioni come Linkem S.p.A. fino a settembre 2022 per poi cambiare ragione sociale in Opnet S.p.A. a valle dello scorporo societario del ramo *retail* e della sua fusione per incorporazione in Tiscali S.p.A. (di seguito, "Tiscali") che, a sua volta, ha modificato la propria ragione sociale in Tessellis S.p.A. (di seguito, "Tessellis"). L'azionista di maggioranza di Opnet è Jefferies, una società statunitense, costituita ai sensi del diritto dello Stato di New York, con azionariato diffuso e nessuno socio di controllo.

* Nella presente versione alcuni dati sono omissi, in quanto si sono rinvenuti assistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

Opnet ha realizzato nel 2022 un fatturato pari a [100-567] milioni di euro, interamente a livello nazionale.

3. BrightCo S.r.l. (di seguito, "la Target" o "BrightCo") è una società a responsabilità limitata, costituita in data 9 febbraio 2024 ai fini della presente operazione, a cui OpNet conferirà - in vista della sua acquisizione da parte di W3 - un ramo di azienda costituito sostanzialmente da tutti gli *asset* operativi di Opnet, inclusi i diritti di utilizzo delle frequenze 5G e le infrastrutture di rete funzionali al loro utilizzo, a esclusione delle partecipazioni in altre società. La Target fornisce servizi di comunicazione elettronica al livello *wholesale* mediante diritti d'uso esclusivo di parte dello spettro nella banda compresa tra 3,4 e 3,6 GHz, nella banda compresa tra 24,5 e 26,5 GHz, nonché diritti d'uso delle frequenze per collegamenti in ponte radio. Tali servizi sono principalmente utilizzati per la fornitura di servizi di accesso a *internet* a banda ultralarga con tecnologia *Fixed Wireless Access* (di seguito, "FWA"; v. meglio *infra*). La Target è, inoltre, attiva, in misura molto limitata, nella fornitura di questi servizi a livello *retail* a clienti *business* e alla Pubblica Amministrazione. BrightCo svolge attività solo in Italia ed essendo stata costituita nel 2024 non ha mai generato alcun fatturato. Tuttavia, i ricavi realizzati, esclusivamente in Italia, dalle attività che Opnet conferisce alla Target, ammontano a un totale di circa [75-100] milioni di euro, sulla base dell'ultimo bilancio approvato il 31 dicembre 2022 dalla società Venditrice.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

4. L'operazione comunicata consiste nella acquisizione da parte di W3 delle attività *upstream* di Opnet, ossia infrastrutture di rete, apparati e diritti d'uso delle frequenze, per servizi di rete sia fissa sia mobile. Opnet continuerà a svolgere attività a valle, fornendo servizi di rete fissa e mobile ai clienti finali con i marchi Linkem (nei servizi FWA) e Tiscali (nei servizi di telefonia fissa e mobile).

5. Il 2 febbraio 2024, W3 e OpNet hanno sottoscritto un accordo denominato *Interest Purchase Agreement* (di seguito, "IPA"), ai sensi del quale, al perfezionamento dell'operazione, W3 acquisirà l'intero capitale sociale di BrightCo, ossia la società a responsabilità limitata costituita da OpNet ai fini della presente operazione e in cui saranno conferiti sostanzialmente tutti gli *asset*, i contratti e i diritti di utilizzo delle attività operative.

6. Nel dettaglio, in BrightCo saranno conferite le seguenti attività ora proprietà di Opnet:

- la titolarità dei titoli abilitativi posseduti da Opnet¹ per i diritti d'uso dello spettro pari a 60 MHz nella banda 3,4-3,6 GHz (con l'eccezione della Provincia di Bolzano, dove Opnet detiene 20 MHz)

¹ Si tratta di:

- l'autorizzazione generale per "l'installazione e la fornitura di una rete pubblica di comunicazione elettronica", ai sensi dell'articolo 11 del D.Lgs. del 1° agosto 2003 n. 259 - Codice delle Comunicazioni elettroniche, conseguita a seguito della presentazione in data 28 maggio 2008 di una istanza, redatta conformemente all'allegato 14 (ex 9) del sopraccitato decreto. L'attività dell'autorizzazione generale può essere esercitata sull'intero territorio nazionale;
- l'autorizzazione generale per "Operatore Mobile - MNO", ai sensi dell'articolo 11 del Codice delle Comunicazioni elettroniche, conseguita a seguito della presentazione in data 4 dicembre 2023 di una istanza, redatta conformemente all'allegato 9 del sopraccitato decreto. L'attività dell'autorizzazione generale può essere completata sull'intero territorio nazionale attraverso l'impiego delle frequenze in banda 3,4-3,6 GHz;
- il diritto d'uso della risorsa di numerazione codice MNC 38, associato all'autorizzazione generale per il servizio di installazione e fornitura di rete;
- i diritti d'uso delle frequenze per i complessivi 3.702 collegamenti in ponte radio che risultano autorizzati alla data odierna;
- i diritti d'uso delle frequenze in banda 3400-3600 MHz, aventi scadenza 31 dicembre 2029;

e pari a 112 MHz nella banda 24,5-26,5 GHz, gli *asset* infrastrutturali *wireless* (le torri per l'esercizio di connessioni FWA) e lo spettro per le tecnologie FWA e 5G;

- le apparecchiature di rete (inclusi i *firmware* e *software* necessari) impiegate da OpNet per l'utilizzo dello spettro e della rete, incluse le stazioni base ricetrasmittenti (*base transceiver station*, di seguito, anche "BTS");

- l'inventario dei beni di OpNet conservato nei magazzini di OpNet o/o nei magazzini di terzi (a eccezione delle apparecchiature ubicate presso i clienti);

- i diritti di proprietà intellettuale di OpNet relativi alle proprie attività;

- i contratti di lavoro in essere con i dipendenti di OpNet;

- tutti i contratti operativi attivi e passivi stipulati da OpNet;

- la quasi totalità dei contratti di *roaming & leaseback* stipulati da OpNet;

- tutti i contratti disciplinanti l'utilizzo degli spazi sui siti utilizzati da OpNet per l'erogazione di servizi FWA e di eventuali altri servizi radio;

- tutti i beni materiali e immateriali utilizzati, acquisiti o detenuti per l'uso in relazione al *business* di OpNet, nonché sostanzialmente tutte le passività e i ricavi operativi, i crediti, i riscotti attivi, gli oneri differiti, depositi cauzionali, le somme, commissioni e altri elementi anticipati in relazione all'attività ceduta.

7. L'IPA prevede le seguenti condizioni sospensive:

[omissis].

8. L'IPA prevede le seguenti condizioni accessorie:

[omissis].

9. Il perimetro dell'operazione non ricomprende tutte le azioni o/o quote detenute da OpNet in società da essa controllate².

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

10. L'operazione comunicata costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera b), della legge n. 287/1990, in quanto finalizzata all'acquisizione del controllo esclusivo di parte di un'impresa. Essa rientra nell'ambito di applicazione della legge n. 287/1990 non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento CE 139/2004, ed è soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge, in quanto il fatturato totale realizzato, nell'ultimo esercizio a livello nazionale, dall'insieme delle imprese interessate è stato superiore a 567 milioni di euro e il fatturato totale realizzato, nell'ultimo esercizio a livello nazionale, da almeno due delle imprese interessate è stato superiore a 35 milioni di euro.

11. Si osserva inoltre che le condizioni accessorie previste dall'IPA siglato dalle Parti e descritte *supra*, possono essere ritenute direttamente connesse e necessarie alla realizzazione dell'operazione di concentrazione in esame, in quanto funzionali alla salvaguardia del valore dell'impresa acquisita, a condizione che esse siano limitate temporalmente a un periodo di due anni decorrenti dalla data di perfezionamento della presente operazione³.

¹ I diritti d'uso delle frequenze in banda 24,5-26,5 GHz, aventi scadenza 31 dicembre 2024.

² Si tratta delle società: Go Internet S.p.A., Live Protection S.r.l., Project Group Italy S.r.l. e Tensello S.p.A.

³ Cfr. Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle concentrazioni (2005C/5605), par. 20.

IV. IL PARERE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

12. In data 30 aprile 2024, è stato richiesto all'Autorità per le Garanzie delle Comunicazioni (di seguito anche "AGCOM"), ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera c), n. 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249, recante *"Istituzione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo"*, di esprimere un parere relativamente all'operazione di concentrazione in oggetto, in vista dell'adozione del provvedimento finale.

13. In data 20 maggio 2024 è pervenuto il suddetto parere, adesivo alle conclusioni dell'Autorità riportate nello schema di provvedimento.

14. L'AGCOM ha richiamato alcune definizioni dei mercati rilevanti adottate nei propri precedenti provvedimenti, rilevando come le Parti siano attive in mercati all'ingrosso e al dettaglio su rete fissa e mobile e offrono servizi che sono stati oggetto di analisi da parte dell'AGCOM.

15. In relazione ai servizi di telefonia fissa, l'AGCOM ha rappresentato che, con l'ultima delibera adottata relativa all'analisi coordinata dei mercati dei servizi di accesso alla rete fissa, ai sensi dell'articolo 89 del Codice (delibera n. 114/24/CONS), ha individuato diversi mercati dei servizi al dettaglio su rete fissa:

- mercato dell'accesso alla rete telefonica in postazione fissa per effettuare e/o ricevere chiamate vocali e servizi correlati (accesso al dettaglio per servizi di fonia);
- mercato dell'accesso a banda larga e ultralarga al dettaglio per effettuare la trasmissione di dati ad alta velocità (accesso al dettaglio per servizi dati);
- mercato dei servizi di linee affittate;

16. L'AGCOM rileva che l'Autorità ha individuato un unico mercato dei servizi di accesso al dettaglio su rete fissa, indipendentemente dalla tipologia di servizio (chiamate o servizi dati), dalla tipologia di clientela (residenziale o affari) e dalla tecnologia utilizzata (ADSL, misto rame-fibra, fibra o FWA).

17. In relazione al mercato dei servizi di accesso all'ingrosso, l'AGCOM osserva che nella definizione proposta dall'Autorità non è incluso il mercato dei servizi di accesso all'ingrosso a banda stretta. L'AGCOM sul punto rileva che, per quanto i servizi di accesso a banda stretta siano perdendo rilevanza e la portata dell'operazione di concentrazione sia limitata in termini di aumento delle quote di mercato di W3, le Parti (soprattutto W3) sono tuttora attive in questo mercato, per cui si ritiene che non sia opportuna la sua esclusione dal perimetro dei mercati rilevanti individuati dall'AGCOM.

18. In ogni caso, l'AGCOM osserva che ai fini del procedimento antitrust, la definizione del mercato rilevante è funzionale a circoscrivere con precisione l'ambito merceologico e geografico dei mercati interessati dall'operazione in esame e, in tal senso, può differire da quella adottata ai fini regolamentari dall'Autorità. Nel caso di specie, l'operazione in questione comporta un aumento modesto delle quote di mercato di W3 in tutti i mercati rilevanti al dettaglio interessati.

19. Pertanto, l'AGCOM conviene che la segmentazione del mercato al dettaglio nei diversi mercati rilevanti individuati non influisca sulle conclusioni dell'Autorità in merito alla inidoneità della concentrazione in esame a ostacolare in misura significativa la concorrenza nei mercati interessati e a determinare la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante.

20. Infine, per quanto concerne la distribuzione delle frequenze tra gli operatori, considerando cautelativamente anche gli accordi di condivisione con Fastweb e Iliad, l'AGCOM ha evidenziato

che W3 avrebbe complessivamente una disponibilità d'uso di per sé non critica in termini concorrenziali e solo di poco superiore alla dotazione di altri operatori.

21. Alla luce di tali valutazioni, AGCOM, per i profili di sua competenza, ha espresso parere adesivo allo schema di provvedimento finale relativo alla concentrazione in oggetto.

V. VALUTAZIONI

IV.1 Il settore interessato

22. Preliminarmente appare opportuno osservare che l'operazione di concentrazione ha luogo nel settore delle comunicazioni elettroniche che, nella sua prima e più generale distinzione è rappresentato dalle comunicazioni fisse e mobili.

23. W3, infatti, è attiva in Italia nel settore delle telecomunicazioni fisse e mobili ed è fortemente orientata alla fornitura di accesso mobile a *internet*, di servizi di telefonia mobile e fissa broadband e *ultra-broadband*, nonché all'offerta convergente fissa-mobile. La proposta commerciale di W3 include un'ampia gamma di contenuti, applicazioni e supporti multimediali.

24. La Target è una società costituita ai fini della presente operazione, alla quale OpNet conferirà un ramo d'azienda comprendente sostanzialmente tutti i propri asset operativi, inclusi i diritti di utilizzo delle frequenze 5G e le infrastrutture di rete funzionali al loro utilizzo, ad esclusione delle partecipazioni in altre società. Questo ramo d'azienda fornisce servizi di comunicazione elettronica a livello *wholesale* mediante diritti d'uso esclusivo di parte dello spettro nella banda compresa tra 3.4 e 3.6 GHz, nella banda compresa tra 24.5 e 26.5 GHz, nonché diritti d'uso delle frequenze per collegamenti in ponte radio. Tali servizi sono principalmente utilizzati per la fornitura di servizi di accesso a *internet* a banda ultra-larga con tecnologia FWA. Inoltre, il ramo d'azienda in parola è attivo, in misura molto limitata, nella fornitura di questi servizi a livello *retail* a clienti *business* e Pubblica Amministrazione.

25. Tipicamente il mercato dei servizi di telefonia fissa è caratterizzato dalla presenza di una rete, costituita da nodi ognuno dei quali è collegato agli altri per mezzo di linee ad alta capacità (in fibra). Questa infrastruttura è detta rete primaria (o *backbone*). A tale struttura si collegano milioni di utenze con cavi in rame o in fibra (rete secondaria).

26. I servizi di telecomunicazione mobile sfruttano la disponibilità dello Spettro di trasmissione. Gli operatori mobili (di seguito, "MNO") posizionano le proprie infrastrutture attive di trasmissione del segnale su infrastrutture passive di telecomunicazione, vale a dire torri, tetti di edifici (*rooftops*) e altri asset infrastrutturali. La domanda di tali servizi è costituita da MNO e *wireless* (come Opnet) che necessitano di installare i propri apparati di rete indispensabili per erogare i servizi di telecomunicazione mobile e fissa tramite *wireless* (ossia FWA). Questi ultimi, in particolare, risultano spesso privi della propria infrastruttura di rete, tali da venir spesso denominati quale clientela completamente "non-captive", ovvero non integrata a livello societario con una *tower company*⁴.

27. L'offerta di servizi di ospitalità comprende la messa a disposizione dello spazio sull'infrastruttura passiva, per il quale i clienti pagano un canone al fornitore. Gli operatori di rete mobile installano sulle infrastrutture passive apparecchiature *Radio Access Network* (di seguito,

⁴ V. provvedimento n. 29717 del 15 giugno 2021, § 31, C12558 - *Critica valutativa mercato Nework Italia*, in Bollettino n. 27/2021.

“RAN”) come antenne, radio e unità in banda base sulle torri per la trasmissione di segnali mobili. L’insieme delle reti attive e dell’infrastruttura passiva consente al MNO di fornire servizi vocali e di trasmissione dati. La figura 1 che segue descrive i rapporti verticali di filiera all’interno di settore.

Figura 1: Le relazioni verticali nel settore delle telecomunicazioni.



Fonte: Autorità⁵.

28. Al fine di favorire lo sviluppo delle reti e di promuovere la concorrenza tra gli operatori, il Codice delle Comunicazioni Elettroniche⁶ favorisce alcuni tipi di coinvestimento e condivisione degli input fondamentali di produzione, soprattutto per lo sviluppo delle reti di futura generazione, quali attualmente il 5G. Le forme di condivisione sono generalmente classificabili in livello crescente di cooperazione, quali:

- *Passive network sharing*: condivisione delle infrastrutture passive (siti, torri, armadietti, condivisione dei costi di energia elettrica, illuminazione, raffreddamento);
- *Active RAN Sharing*: condivisione delle antenne, degli apparati trasmissivi, delle stazioni radio base e della manutenzione (il c.d. *Multi-Operator Radio Access Network*, di seguito “MORAN”), cui è possibile aggiungere la condivisione dell’input fondamentale, lo spettro di emissioni (*Multi-Operator Core Network*, di seguito “MOCN”);

29. Allo stato, gli operatori MNO nazionali hanno già implementato alcune forme di condivisione, sinteticamente riassunte come segue:

- Il *RAN sharing* tra TIM e Vodafone, che implica *partnership* attiva per la condivisione della rete per il 5G, la condivisione attiva per il 4G, implementata a seguito della creazione della *joint venture* Inwit, che ha accomunato le Divisioni Torri delle due società⁷;
- Il *RAN Sharing* con condivisione di frequenze (di tipo MOCN, v. *sopra*) tra W3 e Iliad, che ha dato vita alla *joint venture* Zefiro Net s.r.l. (di seguito, “Zefiro”)⁸.

⁵ V. *ibidem*.

⁶ V. Decreto legislativo n. 219/2003 già modificato dal Decreto legislativo n. 207/2021 recante “Attuazione dell’articolo 101 del Regolamento (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 11 dicembre 2018, che adotta il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche (refezione)”.

⁷ V. Decisione della Commissione europea del 6 marzo 2020, M.9674 - *Vodafone Italia/Inwit*.

⁸ V. S.4490 - *AGCOM/Commissione Joint Venture Iliad-W3 per fornitura servizio MOCN, piano reti al’ AGCOM* in data 5 luglio 2022.

- L'accordo di investimento tra W3 e Fastweb per lo sviluppo del 5G⁹.

30. Con riferimento specifico all'operazione di concentrazione, W3 ha fornito alcune motivazioni economiche a supporto, W3 ritiene infatti che [omissis].

31. Da questo punto di vista, W3 ritiene di poter conseguire [omissis].

IV.2.1 mercati rilevanti

32. Alla luce delle attività svolte dalle Parti, si ritiene che l'operazione riguardi principalmente i mercati dei servizi di accesso all'ingresso alla rete fissa a banda larga/ultralarga, dei servizi di accesso al dettaglio alla rete fissa a banda larga/ultralarga, nonché dei servizi di connettività alle imprese, come di seguito maggiormente dettagliati nell'individuazione dei mercati rilevanti.

Mercato 1: servizi di accesso all'ingresso (wholesale) alla rete fissa a banda larga/ultralarga

33. Secondo la consolidata prassi decisionale dell'Autorità e della Commissione Europea (di seguito, "Commissione"), il mercato dei servizi di accesso alla rete risulta suddiviso a seconda che i servizi siano offerti all'ingrosso (*wholesale*) o al dettaglio (*retail*). In particolare, le attività svolte a livello *wholesale* consistono nella fornitura di servizi di accesso alla rete fissa ad operatori che, utilizzando in tutto o in parte le infrastrutture di trasmissione non proprie, forniscono, a loro volta, accesso alla rete agli utenti finali.

34. Al riguardo, l'Autorità ha riconosciuto in più occasioni il mercato dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa a banda larga e ultra-larga come autonomo e distinto rispetto a quello *retail*, definendolo come ricomprensivo i servizi che permettono agli operatori di telecomunicazione di fornire servizi ai clienti finali tramite l'accesso alla rete fissa locale a banda larga e ultra-larga¹⁰. La dimensione geografica individuata dall'Autorità in relazione al mercato merceologico ha estensione nazionale¹¹.

35. Il mercato dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa a banda larga/ultralarga può essere ulteriormente segmentato per tecnologia di trasmissione per i servizi di accesso alla rete fissa: i) *Fixed Wireless Access* (v. supra); ii) *Fiber to the Home* (di seguito, "FTTH") nel caso la connessione broadband arrivi tramite il cavo in fibra direttamente sino all'utenza o iii) *Fiber to the Cabinet* (di seguito, "FTTC"), nell'eventualità la connessione broadband in fibra arrivi sino a delle postazioni in strada (i.e.d. "armadio ripartilinea") e poi venga collegata all'utenza tramite cavi in rame. La Figura 2 che segue rappresenta graficamente le caratteristiche per tecnologie di trasmissione.

⁹ V. provvedimento n. 30985 del 28 novembre 2023, A556 - *Richiesta dati per partecipazione joint Coop Tel9*, in Bollettino n. 48/2023. Sul punto W3 ricorda di mettere "a disposizione di Fastweb il proprio spettro corrispondente a 20 MHz nella banda 3.600 MHz; nell'intero territorio nazionale fino al 31 dicembre 2029".

¹⁰ Cfr., ex multis, provvedimento n. 30382 del 22 novembre 2022, C12476 - *MeritoFridées*, in bollettino n.44/2022; provvedimento n. 30002 del 15 febbraio 2022, B50 - *Accesso Fiberopt*, in Bollettino n. 7/2022 e provvedimento n. 28162 del 25 febbraio 2020, A514 - *Cosulite Fibra Telecom Italia*, in Bollettino n. 1/2020. Per quanto concerne la Commissione europea, essa ha astrattamente considerato eventuali sotto-segmentazioni ulteriori di tale mercato basate su: (i) tipo di accesso e (ii) infrastruttura dell'utente, senza tuttavia esprimersi in maniera definitiva (cfr. decisione del 28 luglio 2021, M.10153 - *Orange / Telekom Romania Communications*, §. 125; decisione del 29 settembre 2019, M.6990 - *Vodafone / Kabel Deutsche-Mail*, §. 161; decisione del 9 luglio 2018, M.8808 - *T-Mobile Austria/PC Austria*, §§ 74-76 e decisione del 26 giugno 2009, M.5532 - *Cablecom Warehouse/Telecom UK*, §§. 28-34). La Commissione europea ha, inoltre, escluso eventuali segmentazioni del mercato sulla base: (i) della velocità (i.e., in particolare, le segmentazioni (a) 30 Mbit/s-300 Mbit/s, (b) 300 Mbit/s e oltre) o (ii) delle modalità di distribuzione (DSL, fibra, cavo) sostenendo, rispettivamente, la sostituibilità dei servizi di accesso alla rete al di sopra di una certa velocità dal lato della domanda e l'insieme degli utenti rispetto alle modalità di trasmissione (cfr. decisione del 19 novembre 2020, M.9871 - *Telefonica/Liberty Global/DF*).

¹¹ V. provvedimento n. 30982 del 22 novembre 2022, C12476 - *MeritoFridées*, cit..

Figura 2 - rappresentazione grafica delle caratteristiche delle tecnologie di trasmissione



Fonte: le Parti

mercato 2: Servizi al dettaglio (retail) su rete fissa

36. L'offerta di servizi di accesso al dettaglio alla rete fissa consiste nella fornitura di un collegamento alla rete attraverso tecnologie di linea fissa direttamente agli utenti finali¹².

37. Nei propri precedenti, la Commissione ha identificato un mercato del prodotto distinto per i servizi di accesso al dettaglio alla rete fissa.

38. In tale contesto, la Commissione ne ha considerato i seguenti possibili segmenti, lasciandone sempre aperta, tuttavia, l'esatta definizione:

- (a) tipologia di prodotto (banda larga, banda stretta e ad accesso dedicato, ossia);
- (b) tecnologia di distribuzione (ADSL, fibra ottica, banda larga mobile, ossia FWA, FTTH e FTTC, v. sopra e Figura 2) e/o
- (c) tipologia di cliente (clienti residenziali e piccole imprese, da un lato, e grandi imprese ed enti pubblici, dall'altro).

39. Quanto all'estensione del mercato, la Commissione europea ha considerato il mercato dei servizi di accesso al dettaglio alla rete fissa come avente (a) dimensione nazionale ovvero (b) sovranazionale, con estensione regionale, senza, tuttavia, esprimersi in maniera definitiva e lasciando aperta tale definizione.

40. In relazione alla presente operazione non si ritiene di dover addivvenire a definizioni del mercato rilevante dei servizi al dettaglio su rete fissa che contengli una di tali segmentazioni.

¹² Cfr. decisione della Commissione europea del 30 maggio 2023, M.10894 - Liberty Global/Fibresystems, §. 91; decisione della Commissione europea del 18 ottobre 2019, M.9433 - MEA 6 Fibre/COM Group, §. 27 e decisione della Commissione europea del 18 luglio 2019, M.8864 - Vodafone/Certain Liberty Global Assets, §. 47.

Mercato 3: Servizi di accesso all'ingrosso (wholesale) alla rete mobile

41. I servizi di accesso all'ingrosso e di "call origination" alla rete mobile sono servizi forniti dagli MNO agli operatori virtuali come, ad esempio, i Mobile Virtual Network Operators (di seguito "MVNO").

42. In particolare, si tratta della fornitura di una serie di servizi di telecomunicazione all'ingrosso su una rete di telefonia mobile allo scopo di fornire servizi di telecomunicazione mobile al dettaglio ai clienti finali.

43. Tali servizi comprendono l'accesso all'ingrosso alla rete mobile, nonché l'originazione e la terminazione delle chiamate ed il roaming internazionale, sia per i servizi vocali che per gli SMS e il trasferimento di dati.

44. Il mercato all'ingrosso di questi servizi è, quindi, costituito: dal lato dell'offerta, dagli MNO, i quali possiedono le proprie reti mobili; dal lato della domanda, dagli operatori virtuali che richiedono di accedere alle reti degli MNO al fine di poter così fornire i propri servizi di telefonia mobile a livello retail.

45. Sul punto, la Commissione, nelle proprie precedenti decisioni, ha ritenuto che i servizi di accesso alla rete mobile e di "call origination" siano parte dello stesso mercato¹³. A tal riguardo, la Commissione ha sottolineato che entrambi tali servizi sono da considerarsi come elementi fondamentali per gli operatori virtuali al fine di garantire loro la possibilità di fornire i propri servizi retail di telecomunicazione mobile e sono, pertanto, generalmente forniti insieme. I precedenti individuano l'estensione geografica di tali mercati quale nazionale, in ragione dall'esistenza di stringenti barriere normative che regolano i vari mercati nazionali delle telecomunicazioni, nonché dal fatto che la portata geografica dei diritti d'uso concessi ai vari MNO è, per l'appunto, nazionale.

Mercato 4: servizi di accesso al dettaglio (retail) alla rete mobile

46. L'offerta di servizi di accesso al dettaglio alla rete mobile consiste nella fornitura di un collegamento alla rete attraverso tecnologie di linea mobile direttamente agli utenti finali. Tale accesso consente agli utenti finali di effettuare chiamate vocali nazionali e internazionali, inviare e ricevere messaggi e utilizzare dati mobili.

47. Secondo i precedenti della Commissione, il mercato rilevante del prodotto ricomprende tutti i servizi di accesso al dettaglio alla rete mobile, senza ulteriori segmentazioni in base al tipo di servizio (chiamate vocali, SMS, MMS, servizi di dati Internet mobili) o alla tecnologia di rete utilizzata (4G, LTE, 5G). La dimensione geografica del mercato dei servizi di accesso al dettaglio alla rete fissa è nazionale¹⁴.

¹³Cfr., *ex ante*, decisione della Commissione europea del 18 luglio 2019, M.8864 - *Vodafone/Cerast Liberty Global Access*, §. 248; decisione della Commissione europea del 3 agosto 2016, M.7978 - *VodafoneLiberty Global/Dutch IV*, §. 187; decisione della Commissione europea del 11 maggio 2016, M.7612 - *Hutchison 3G UK/Telefonica UK*, §§. 296-300; decisione della Commissione europea del 2 luglio 2014, M.7014 - *Telefonica Deutschland/Plux*, §§. 77-79; decisione della Commissione europea del 28 maggio 2014, M.6992 - *Hutchison 3G UK/Telefonica Ireland*, §. 156; decisione della Commissione europea del 12 dicembre 2012, M.6497 - *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, §§. 61-63; decisione della Commissione europea del 1° marzo 2010, M.5650 - *T-Mobile/Orange UK*, §§. 27-30; decisione della Commissione europea del 27 novembre 2007, M.4947 - *Vodafone/Trifone Italy/Tele2 Spain*, §. 15.

¹⁴Cfr., *ex ante*, decisione della Commissione europea del 30 maggio 2023, M.10994 - *Liberty Global/Phonias/Vietel*, §. 120; decisione della Commissione europea del 10 marzo 2022, M.10515 - *Tele2/OPC Polska*, §§. 19 ss. e decisione della Commissione europea del 28 luglio 2021, M.10153 - *Orange/Telekom Romania Communications*, §§. 25 ss.

Mercato 5: Servizi di telecomunicazione / connettività al dettaglio per le imprese

48. I servizi di telecomunicazione al dettaglio per le imprese comprendono un ampio novero di servizi offerti da operatori di telecomunicazioni a clienti c.d. *enterprise*. Questi possono consistere, tra l'altro, nella gestione di pacchi SIM aziendali, nella fornitura di servizi *cloud* e di intelligenza artificiale, nonché in servizi correlati alla c.d. *cybersicurezza* e alla costituzione di reti aziendali interne.

49. Nei propri precedenti¹⁵, la Commissione ha considerato una definizione che comprende i seguenti servizi:

- il mercato della connettività aziendale al dettaglio (che contempla i servizi di telecomunicazione fissa acquistati da grandi imprese ed enti pubblici per fornire connettività dati tra più siti produttivi/sedi locali), il quale potrebbe essere potenzialmente segmentato distinguendo tra:
 - servizi di accesso a banda larga per grandi clienti imprenditoriali; e
 - servizi di fornitura di linee affittate al dettaglio, che si concretizza nel riservare capacità dedicata sulla rete a grandi imprese con più siti aziendali per la costituzione di reti interne o per il collegamento di sedi/asset; e
 - servizi di *Virtual Private Network* (VPN), che consistono in connessioni protette alla rete per i dispositivi di clienti imprenditoriali, orientate alla trasmissione sicura di dati sensibili e a permettere i collegamenti da remoto a reti aziendali;
- un potenziale segmento non residenziale del mercato dell'accesso alla rete fissa al dettaglio;
- il mercato dei servizi IT per le imprese, il quale potrebbe essere segmentato, a sua volta, sulla base della funzione di tali servizi (ad esempio, manutenzione e assistenza *software*, *outsourcing*) e sulla base del settore industriale.

50. La Commissione ha individuato una dimensione nazionale per tale mercato merceologico.

51. Alla luce delle attività delle Parti, l'operazione sembra interessare solo una piccola parte dei servizi ricompresi in tale ambito ossia quelli relativi alla fornitura di:

- servizi di accesso al dettaglio alla rete fissa a banda larga/ultralarga per i clienti c.d. non residenziali, ossia imprese e pubbliche amministrazioni;
- *leased lines*;
- servizi di reti private ("*private networking*") a determinati clienti imprenditoriali con necessità di collegamenti interni e armonizzazione dei propri sistemi informatici.

52. Ad ogni modo, non è necessario pervenire ad una conclusione circa la definizione di tale potenziale mercato rilevante dal punto di vista merceologico in ragione dei limitati effetti dell'operazione (v. *infra*).

Mercato 6: Servizi e fornitura di impiantistica per telecomunicazioni

53. Nei propri precedenti¹⁶, l'Autorità ha definito il mercato dell'impiantistica per telecomunicazioni come un mercato che include le attività di ricerca, progettazione, costruzione,

¹⁵ Cfr. decisione della Commissione europea del 20 aprile 2015, M.7499 - *Altice/PT Portugal*, II, 54 ss.; decisione della Commissione europea del 26 luglio 2021, M.10070 - *Enofiber/Proxad/IV*, §§. 82 ss. e, ac contrario, decisione della Commissione europea del 30 maggio 2023, M.10994 - *Liberty Global/Fluorid/Bevo*, §. 94.

¹⁶ Cfr. provvedimento n. 20681 del 13 gennaio 2010, C10396 - *Comag/Euro Group*, in Bollettino n.1/2010; provvedimento n. 20362 del 1° ottobre 2009, C10270 - *Servicio/Ramo di azienda di Enicon*, in Bollettino n. 30/2009.

posa in opera e manutenzione degli apparati *wireless* (stazioni radio base, ripetitori, sistemi radianti, ponti radio) e *wireline* (apparati trasmissivi in cavo coassiale e fibra ottica) degli operatori radiomobili e di rete fissa, nonché degli operatori *wireless broadband*. La dimensione geografica di tale mercato è di estensione nazionale.

Mercato 7: servizi di leased lines, backhaul e P2P

54. Le linee affittate (c.d. *leased lines*) all'ingrosso sono circuiti parziali che consentono ai fornitori di telecomunicazioni di estendere le proprie reti a vari siti per la fornitura di servizi di connettività aziendale o per le proprie esigenze di *backhaul* mobile.

55. I servizi di *backhaul* sono relativi ai collegamenti tra infrastrutture di rete. Le reti di *backhaul* possono essere composte da *backhaul wireless* o fisso. I servizi di *backhaul* fisso possono essere forniti su cavi in fibra ottica o su cavi in rame.

56. In aggiunta, in precedenti decisioni della Commissione, sono stati ricompresi all'interno di un mercato delle *leased lines* anche i servizi relativi a collegamenti *point-to-point* (di seguito, "P2P").

57. L'Autorità, nei propri precedenti, ha individuato la dimensione geografica del potenziale mercato delle *leased lines*, così come quelli del *backhauling* o dei collegamenti P2P, quale nazionale.

58. In ragione della rilevanza limitata delle attività Partit in tale settore non è necessario pervenire, in questa sede, ad una conclusione circa la definizione merceologica dei potenziali mercati o segmenti sopra menzionati.

Mercato 8: Servizi di rete privata

59. I servizi di rete privata (c.d. *private networking*) consistono nella fornitura di sistemi di comunicazione attraverso tratti di rete fissa o mobile progettati e realizzati sulla base delle specifiche esigenze del cliente. Tali servizi sono generalmente forniti a imprese di grandi dimensioni che necessitano di collegare la propria sede centrale alle sedi periferiche o di gestire telematicamente e in maniera coordinata processi industriali complessi. Allo stesso tempo, sistemi di rete privata sono spesso realizzati, tra le altre cose, per permettere un'efficiente trasmissione dati all'interno di grandi scali portuali e aeroportuali o la gestione di grandi reti infrastrutturali.

60. A ogni modo, non è necessario pervenire ad una conclusione circa la possibile definizione dal punto di vista merceologico e geografico, posto che l'operazione non è idonea a sollevare alcuna preoccupazione concorrenziale in tale ambito e non esistono precedenti al riguardo.

IV.3 Le osservazioni in esito all'avviso al mercato

61. In data 10 aprile 2024 sono pervenute alcune osservazioni da parte di Iliad Italia S.p.A. (di seguito, "Iliad"), operatore MNO attivo a livello nazionale nel settore mobile (e recentemente anche nel fisso), che ha fatto il suo ingresso nel mercato italiano a seguito della concentrazione tra Wind S.p.A. e H3G¹⁷. Infatti, gli impegni sottoscritti dalle società al fine di procedere alla *Joint Venture* hanno previsto l'ingresso di un nuovo operatore MNO al fine di mantenere un numero di quattro operatori mobili attivi nel mercato.

provvedimento n. 30639 del 16 maggio 2023, C12523 - *IQ-EQ Fixed Accesses (Drover)PS Rev.*, in Bollettino n. 21/2023.

¹⁷ V. decisione della Commissione europea del 1° settembre 2018, M.7728 - *InterActiv 3g Italy/WindG*.

62. In estrema sintesi, Iliad ha rappresentato che all'esito dell'acquisizione da parte di W3 dei diritti d'uso di OpNet, si verificherebbe, "e per la prima volta, la circostanza più che eccezionale per cui in capo ad un unico operatore (W3) si concentrerebbe la disponibilità complessiva di 120 MHz di frequenza nella banda 3.4-3.8 GHz", cumulo che eccederebbe alcune soglie di accaparramento dello spettro oltre i 100 MHz¹⁸. Ciò accadrebbe nelle "cosiddette bande pioniere del 5G (3.4-3.8 GHz), armonizzate ai sensi della decisione comunitaria n. 2008/411/EC, come modificata dalla decisione (UE) 2019/225, e richiamata anche all'art. 54 della Direttiva 2018/1972/UE"¹⁹. Secondo Iliad, la disponibilità di risorse spettrali adeguate costituisce infatti un elemento essenziale per permettere ad un operatore di competere efficacemente.

63. Pertanto, ad avviso di Iliad, l'operazione di concentrazione comporterebbe:

- "un ostacolo significativo allo svolgimento di un effettivo confronto competitivo nel settore delle offerte di telefonia mobile attraverso un accumulo eccessivo di dotazione frequenziale in capo ad un solo operatore, ben oltre il limite "anti-accaparramento" e "anticoncentrazione" individuato dall'Agcom nella recente delibera n. 66/22/CONS, contenente il parere al Ministero sull'autorizzazione all'operazione di trasferimento reciproco di frequenze *Linkem-TIM*,

- una ancora più marcata simmetria in termini di dotazioni frequenziale tra i 3 principali MNO, [omissis]²⁰.

64. Intervenuta in audizione, in data 22 aprile 2024, Iliad ha nuovamente rappresentato che ad esito dell'acquisizione W3 avrà la disponibilità dello spettro per 120 MHz e [omissis].

65. Iliad ha inoltre rappresentato [omissis]²¹.

66. In audizione, quindi, Iliad ha infine richiesto che, [omissis].

IV.4 Le ulteriori informazioni depositate agli atti da Wind Tre

67. W3 ha integrato la propria documentazione in due occasioni (12 e 24 aprile 2024) ed è intervenuta in audizione in data 22 aprile 2024.

68. Nella prima integrazione, W3 ha fornito una nota in cui ha chiarito, proprio in riferimento alla disciplina dei rapporti in essere tra la società notificante e Iliad, che "il contratto in essere con la società Iliad S.p.A. prevede che sia possibile una estensione sia territoriale che della porzione di spettro interessata dalla condivisione con la stessa [omissis]".

69. W3 ha rappresentato come sia previsto [omissis] che Iliad e W3 possano concordare l'estensione dello spettro [omissis] allo stato messo a disposizione della società comune Zefiro per le attività svolte dalla JV stessa a favore delle parti, nel qual caso si procederebbe alla richiesta delle necessarie autorizzazioni previste dal Codice delle Comunicazioni elettroniche. Inoltre, il contratto Iliad/W3 integra già la possibilità di essere ampliato in futuro con riguardo al suo ambito territoriale, [omissis] e subordinatamente alle necessarie autorizzazioni regolamentari e antitrust.

¹⁸ Iliad, sul punto, richiama che "all'esito dell'operazione in questione [...] con l'operazione risulterebbe ingiustamente superiore il cap (intra-band e ad inter-band) di 100MHz, previsto dall'art. 3, comma 2, lett. c, della delibera AGCOM 231/18/CONS/2, più volte identificato quale misura necessaria in funzione anti-accaparramento (cfr. §§. 158 ss. delibera 231/18/CONS) e quale limite anticoncentrazione (cfr. §. 17 delibera 66/22/CONS), proprio lo stato del nuovo scenario 5G in quattro onmi, sulla base delle attuali raccomandazioni comunitarie. L'intera banda 3.4-3.8 GHz è da ritenersi una risorsa di rilievo per lo sviluppo dei servizi 5G (§. 158 delibera 231/18/CONS)".

¹⁹ V. osservazioni Iliad, pervenute in data 11 aprile 2024.

²⁰ V. ibidem.

²¹ [omissis].

70. Nel corso dell'audizione del 22 aprile 2024, W3 ha specificato *[omissis]*.

71. Sul tema dell'operazione, W3 ha affermato che *[omissis]*.

72. Infine, W3 considera l'operazione quale idonea a sollevare qualsivoglia criticità di natura concorrenziale ma, ciononostante, con la comunicazione del 24 aprile W3, richiamando i "più generali obblighi di correttezza e buona fede applicabili sia a Wind Tre sia a Iliad" si è impegnata *[omissis]*²².

IV.5 Gli effetti dell'operazione

73. L'operazione di concentrazione notificata da Wind Tre non solleva preoccupazioni sotto il profilo concorrenziale. In particolare, si osserva che le quote di mercato detenute congiuntamente dalle Parti nei numerosi mercati individuati, anche considerate importanti segmentazioni, non sembrano destare profili di preoccupazione tali che la concentrazione possa ostacolare "in modo significativo la concorrenza effettiva nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante"²³.

Effetti orizzontali della concentrazione

74. In relazione alle possibili sovrapposizioni orizzontali tra le attività delle imprese, l'operazione di concentrazione non appare idonea a determinare alcun mercato interessato.

75. Più in particolare, dal punto di vista orizzontale, in ciascuno dei potenziali mercati o segmenti (comunque definiti) in cui entrambe le Parti sono, sia pure in minima parte, presenti, e segnatamente quelli relativi al:

- Mercato 2: servizi di accesso al dettaglio (*retail*) alla rete fissa, anche eventualmente nei segmenti:
 - accesso al dettaglio alla rete fissa a banda larga/ultralarga,
 - accesso al dettaglio alla rete fissa a banda larga/ultralarga con tecnologia *Fixed Wireless Access (FWA)*,
 - servizi all'accesso al dettaglio alla rete fissa a banda larga/ultralarga per clienti *business*,
- Mercato 5: servizi al dettaglio di telecomunicazioni / connettività per le imprese,
- Mercato 7: servizi di *leased lines*, *backhaul* e collegamenti P2P,
- Mercato 8: reti private (*private network*),

76. In tali mercati (e segmenti), a esito dell'operazione W3 registrerà un incremento della propria di mercato inferiore all'1%.

77. In nessuno di tali mercati o segmenti, peraltro, W3 è il primo operatore e sono sempre presenti concorrenti qualificati e detentori di quote di mercato superiori. In altri termini, la concentrazione non è suscettibile di integrare preoccupazioni riguardo effetti unilaterali.

Effetti verticali della concentrazione

78. Parimenti, l'operazione non sortisce effetti di natura verticale. Infatti, nei mercati delle telecomunicazioni fisse, W3 e Opnet non sono presenti, fuorché come operatori che forniscono servizi di accesso alla rete alle proprie divisioni commerciali attive a valle.

79. Nei mercati delle telecomunicazioni mobili, W3 è attivo sia *upstream* come operatore che fornisce servizi di accesso all'ingrosso (*wholesale*) alla rete sia come operatore di servizi alla

²² Cfr. comunicazione inviata all'Autorità da W3 in data 24 aprile 2024.

²³ Cfr. articolo 6, comma 1, legge n. 287/1990.

clientela finale (*retail*). Tuttavia, Opnet non è presente nel mercato a monte, dove le sue infrastrutture sono praticamente dedicate a servire *[omissis]*.

Tabella 1: [omissis]

Fonte: *[omissis]*

Effetti coordinati della concentrazione

80. Con riferimento a possibili effetti coordinati, l'incremento delle quote di mercato di W3 (v. *supra*) non appare idoneo ad alterare il comportamento degli altri operatori nei mercati individuati.

Allocazione delle frequenze

81. Con riferimento alla distribuzione dei diritti d'uso delle frequenze, presente nelle osservazioni di Iliad (v. *supra*), si precisa preliminarmente che l'operazione determina un trasferimento di dotazioni di spettro che consente a W3 di giungere a una posizione di maggiore equilibrio rispetto allo spettro a disposizione di Tim e Vodafone, specie per quanto concerne le frequenze coerenti per lo sviluppo della rete 5G. Infatti, sommando i blocchi di frequenze che Tim, Vodafone e W3 rispettivamente avrebbero dopo la concentrazione, si ottiene una situazione di maggiore competitività prospettica di W3, che così riuscirebbe a colmare il divario di dotazioni di diritti d'uso delle frequenze, utili ai fini delle comunicazioni in 5G, rispetto a Tim e Vodafone, più o meno equiparando quantitativamente le frequenze in licenza a questi due operatori. La figura 3 che segue sintetizza l'allocazione delle frequenze di utilizzo dello spettro elettromagnetico in capo agli operatori.

Figura 3: allocazione delle frequenze di utilizzo dello spettro elettromagnetico antecedente all'operazione di concentrazione

Banda di Frequenza (MHz)	TIM	VODAFONE	WIND TRE	ILIAD	FASTWEB	OPNET
700	20	20	0	20	0	0
800	20	20	20	0	0	0
900	20	20	20	20	0	0
1500 (5G)	20	20	0	0	0	0
1800	40	40	40	20	0	0
2100	30	30	40	20	0	0
2600	30	30	70	20	0	0
3400-3600	20	0	0	0	40	60
3600-3800	80	80	20	20	0	0
26000	200	200	200	200	200	0
Totale	480	480	420	320	240	60

 Condizione tramite accordo SUICE

 Condizione tramite accordo N Zefiro (solo in "area N")

 Futuro TRASFERIMENTO CONTROLLO SOCIETA Operazione Brightco S.r.l.

NR: Le frequenze di Wind Tre sono condivise -secondo il colore corrispondente- con Fastweb (in tutto il territorio nazionale) e con Iliad (nelle "area N" gestite da Zefiro Net).

Fonte: le Parti

82. Sul punto si osserva come il ribilanciamento di frequenze tra operatori si svolga proprio in relazione alla banda di frequenze di maggiore pregio per lo sviluppo del 5G, cioè le frequenze che più garantiranno una copertura del territorio effettiva con tecnologia 5G e, quindi, influiranno sugli assetti concorrenziali dinamici delle telecomunicazioni mobili²⁴. Rispetto alla situazione antecedente l'operazione, vi saranno non più due (Tim e Vodafone) bensì tre operatori con una dotazione di frequenze idonee ad assicurare che la propria rete 5G potrà funzionare in modo efficiente e autonomo rispetto alle frequenze di altri operatori.

83. Sul tema delle osservazioni di Iliad, relativamente alla distribuzione delle frequenze tra gli operatori, in primo luogo, si rileva che si tratta di questioni non attinenti in via diretta all'operazione di concentrazione in esame. In effetti, Iliad *formisist*. Tale situazione è attribuibile all'esito della procedura di gara per l'assegnazione delle frequenze utili ai fini della trasmissione del segnale in 5G, svoltasi nel 2018. In secondo luogo, si osserva che *formisist*. Sotto tale aspetto, infatti, appare opportuno rilevare che la Direttiva (UE) 2018/1972 (Codice Europeo delle Comunicazioni Elettroniche) presenti delle aperture molto evidenti a favore di forme spinte di condivisione dello spettro radio²⁵.

²⁴ La Global System for Mobile Communications, nota commercialmente come GSM, ossia la lobby degli operatori di telefonia mobile globale, descrive lo spettro compreso tra 3,3 GHz e 3,8 GHz come ideale per il 5G.

²⁵ In particolare, al Considerando 139, viene ad esempio stabilito che "Con l'avvicinarsi della domanda di spettro radio e nuove applicazioni e tecnologie variabili che richiedono un accesso a un uso più flessibile dello spettro radio, gli Stati membri dovrebbero promuovere l'uso condiviso dello spettro radio [...]. Sempre più la condivisione rappresenta una soluzione propria a un uso effettivo ed efficiente dello spettro radio, in quanto consente a più utenti o dispositivi

84. Peraltro, sul punto, si evidenzia l'intendimento di W3, contenuto nella comunicazione pervenuta in data 24 aprile 2024 (v. paragrafo 72), *fontissis*.

85. Pertanto - tenuto conto che la questione della ripartizione delle frequenze tra gli operatori non appare di inerenza diretta all'operazione di concentrazione né presenta immediati risvolti di natura concorrenziale e, da ultimo, considerati anche gli intendimenti manifestati da W3 descritti *supra* *fontissis*, con riferimento a tale risorsa, delle imprese soggette a controllo di vigilanza del regolatore, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, non si ravvisano elementi idonei a ostacolare in misura significativa la concorrenza nei mercati interessati e a determinare la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante.

86. Alla luce delle considerazioni soprastoppe, pertanto, la concentrazione in esame non appare idonea a ostacolare in misura significativa la concorrenza nei mercati interessati e a determinare la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante.

RITENUTO, pertanto, che l'operazione in esame non ostacola, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/1990, in misura significativa la concorrenza effettiva nel mercato interessato e non comporta la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante;

RITENUTO, altresì, che gli obblighi di non concorrenza intercorsi tra le parti sono accessori alla presente operazione nei soli limiti sopra descritti e che l'Autorità si riserva di valutare, laddove ne sussistano i presupposti, i suddetti patti che si realizzino oltre i limiti ivi indicati;

DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/1990.

Le conclusioni di cui sopra saranno comunicate, ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/1990, alle imprese interessate e Ministro delle Imprese e del Made in Italy.

Il presente provvedimento sarà pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE

Guido Stazi

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

CI2630 - CONAD NORD OVEST-GD/RAMO DI AZIENDA DI BENNET*Provvedimento n. 31207***L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO**

NELLA SUA ADUNANZA del 21 maggio 2024:

SENTITO il Relatore, Saverio Valentino;

VISTO il Regolamento CE n. 139/2004;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la comunicazione delle società Conad Nord Ovest Società Cooperativa e D.G. S.r.l. pervenuta in data 29 aprile 2024;

VISTA la documentazione agli atti;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Conad Nord Ovest Società Cooperativa (di seguito "Conad NO") è la società risultante dalla fusione, avvenuta nel 2019, tra le cooperative Nordiconad Soc. Coop. e Conad del Tirreno Soc. Coop. ed è una delle 5 cooperative aderenti al Consorzio Nazionale Dettaglianti CONAD S.c.a.r.l. (di seguito "CONAD"). La società opera nella distribuzione di prodotti alimentari e non alimentari di largo consumo mediante una rete di circa 600 punti vendita nel settore della GDÖ, diretti e associati, contraddistinti da insegne Conad. In particolare, sulla base dello schema di ripartizione geografica in essere all'interno del sistema Conad, Conad NO opera nelle seguenti aree: Valle d'Aosta, Piemonte, Lombardia (provincia di Mantova), Liguria, Emilia-Romagna (province di Modena, Bologna e Ferrara), Toscana, Lazio (province di Roma e Viterbo) e Sardegna.

Nel 2022, Conad NO ha realizzato un fatturato pari, in Italia, a circa 12-13⁸ miliardi di euro.

2. Il modello organizzativo del sistema CONAD si struttura su tre livelli:

- (i) il primo livello è rappresentato dai singoli imprenditori, soci delle cooperative e titolari dei punti vendita, che svolgono il *business* e gestiscono i punti vendita sul territorio, operando in proprio e con proprio rischio di impresa, avvalendosi della somministrazione di merci e di servizi da parte della singola cooperativa. Il singolo socio è quindi, al tempo stesso, commerciante, imprenditore e cooperatore;
- (ii) il secondo livello, nel quale si colloca Conad NO, è rappresentato dalle cooperative, socie del consorzio nazionale CONAD, che supportano e coordinano i singoli imprenditori fornendo servizi amministrativi, commerciali, logistici e finanziari;
- (iii) il terzo livello è costituito dal consorzio nazionale CONAD, che opera da centrale di acquisto e di servizi, si occupa della pianificazione strategica, dell'attività di *marketing* e di comunicazione

⁸ Nella presente versione alcuni dati sono omissi, in quanto si sono rinvenuti assistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

per tutto il sistema, nonché della produzione, della promozione e dello sviluppo del marchio CONAD.

3. GD S.r.l (di seguito, GD) è una società appartenente al gruppo Conad specializzata nel commercio all'ingrosso e al dettaglio di beni alimentari e non alimentari. Il fatturato complessivo della società nel 2022 è stato pari, in Italia, a circa [1-10] milioni di euro.

4. Il Ramo d'azienda Target dell'operazione (di seguito, la Target) è costituito da un punto vendita appartenente alla società Bennet S.p.A. (di seguito, Bennet), e segnatamente un ipermercato localizzato in [omissis]. Il fatturato complessivo del punto vendita target è stato pari, nel 2022, a circa [10-35] milioni di euro.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

5. L'operazione consiste nell'acquisizione del controllo esclusivo, da parte di Conad NO, per il tramite della propria associata e partecipata GD, di un punto vendita oggetto di cessione di ramo di azienda, attualmente di proprietà di Bennet.

6. Le Parti hanno inoltre previsto un patto di non concorrenza in base al quale Bennet si impegna, per un periodo di cinque anni dalla data di esecuzione dell'operazione, a non attivare o esercitare, direttamente o indirettamente, nuove strutture in concorrenza con quelle di Conad NO e GD nel territorio del Comune in cui è ubicato il Punto Vendita, fatti salvi i punti vendita già esistenti.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

7. L'operazione comunicata costituisce una concentrazione, ai sensi dell'articolo 5, comma 1 lettera b), della legge n. 287/1990, in quanto comporta l'acquisizione del controllo di parte di un'impresa. Essa rientra nell'ambito di applicazione della legge n. 287/1990, non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento (CE) n. 139/2004, ed è soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge, in quanto il fatturato totale realizzato, nell'ultimo esercizio a livello nazionale, dall'insieme delle imprese interessate è stato superiore a 567 milioni di euro e il fatturato totale realizzato, nell'ultimo esercizio a livello nazionale, individualmente da almeno due delle imprese interessate è stato superiore a 35 milioni di euro.

8. Infatti, il calcolo del fatturato rilevante deve essere effettuato con riferimento sia alle Parti della presente transazione sia a quelle delle transazioni già avvenute nel corso di due anni tra i medesimi soggetti. Nello specifico, si fa riferimento alle operazioni comunicate da Conad NO rispettivamente (i) in data 30 marzo 2023 e valutata dall'Autorità in data 6 giugno 2023¹, (ii) in data 16 giugno 2023 e valutata dall'Autorità in data 11 luglio 2023² e (iii) in data 30 ottobre 2023 e valutata dall'Autorità in data 21 novembre 2023³. Ciò in ragione della necessità di considerare unitariamente le quattro

¹ Cfr. C12532 - *Nonderivet Investire / Ramo d'azienda di Bennet*, provvedimento n. 30656 del 6 giugno 2023.

² Cfr. C12548 - *Conad Nord Ovest / Ramo d'azienda di Bennet*, provvedimento n. 30720 dell'11 luglio 2023.

³ Cfr. C12580 - *Conad Nord Ovest / Ramo d'azienda Bennet*, provvedimento n. 30885 del 21 novembre 2023.

operazioni, con conseguente cumulo dei valori di fatturato dei Rami d'azienda oggetto delle operazioni stesse e superamento delle soglie indicate nella disposizione legislativa nazionale⁴.

9. Il patto di non concorrenza sopra descritto può essere qualificato come direttamente connesso e necessario alla realizzazione dell'operazione di concentrazione in esame, in quanto funzionale alla tutela dell'investimento iniziale di Conad NO e GD e del valore dell'impresa trasferita, a condizione che esso sia limitato geograficamente all'area d'attività dell'impresa oggetto di acquisizione, merceologicamente ai prodotti e servizi oggetto dell'attività economica dell'impresa oggetto di acquisizione e, temporalmente, ad un periodo di due anni, in ragione dell'oggetto di cessione dell'operazione che, nel caso di specie, è limitato all'avviamento dell'azione, non comprendendo il trasferimento di un particolare *know-how*⁵.

IV. VALUTAZIONE DELL'OPERAZIONE

IV.1 I mercati interessati

IV.1.1 Il mercato della vendita al dettaglio di prodotti alimentari e non alimentari di largo consumo

10. La presente operazione interessa i mercati della vendita al dettaglio di prodotti alimentari e non alimentari di largo consumo attraverso punti vendita della GDO. In tale settore operano, a livello nazionale, molteplici operatori, con dimensioni e formule organizzative variegate. In particolare, vengono distinte, nell'ambito della GDO, le seguenti tipologie di punto vendita: ipermercati, supermercati, *superette* e *discount*.

11. Nell'ambito dei più recenti provvedimenti relativi a operazioni di concentrazione nel settore della GDO⁶, l'Autorità ha, in primo luogo, incluso i punti vendita gestiti con formula *discount* nei mercati rilevanti relativi alle tipologie di punti vendita della GDO di dimensione corrispondente, e cioè *superette* (100-399 mq), supermercati (400-2.499 mq) e ipermercati (dai 2.500 mq in su), in quanto considerati dai consumatori un'opzione di acquisto sostituibile con tali altre tipologie di punto vendita della GDO.

12. Inoltre, con riferimento a (ipermercati, supermercati e *superette*), l'Autorità ha definito i seguenti mercati merceologici distinti:

- i) il mercato delle *superette*, comprensivo di tutti i punti vendita di dimensione compresa tra 100 e 2499 mq (e cioè le stesse *superette*, i supermercati e i *discount* di dimensione inferiore ai 2500 mq);
- ii) il mercato dei supermercati, comprensivo di tutti i punti vendita di dimensione dai 100 mq in su (e cioè supermercati, *superette*, ipermercati e *discount*);

⁴ Secondo la Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale o norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (2004/C 24/01), due o più transazioni "concluse tra le stesse persone o imprese in un periodo di due anni, sono da considerarsi un'unica concentrazione realizzata al giorno dell'ultima transazione" a prescindere dalla presenza di un legame di consanguineità. Sul punto si veda anche Consiglio di Stato, 4 giugno 2020, sentenza n. 3554, caso C12207 - Sky Italia/R2.

⁵ Cfr. Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle operazioni di concentrazione (2005/C 56/03) pubblicata in GUCE del 5 marzo 2005.

⁶ Cfr., tra gli altri: C12509 - *P&C 2000A/Vari Rami di azienda*, provvedimento n. 30500 del 28 febbraio 2023; C12487 - *INVS Mercato/Ramo di azienda INCO*, provvedimento n. 30414 del 15 dicembre 2022; C12490 - *Pratelli ArenaDue Marmi di azienda di Superiota*, provvedimento n. 30337 del 11 ottobre 2022.

iii) il mercato degli ipermercati, comprensivo di tutti i punti vendita da 400 mq in su (e cioè ipermercati, supermercati e *discount* di dimensione pari o superiore ai 400 mq).

13. Sotto il profilo geografico, sono stati definiti mercati locali costituiti da curve isocrone centrate sui punti vendita *target*, dell'ampiezza di 10 minuti di guida per il mercato delle *superette* e di 15 minuti di guida per i mercati dei supermercati e degli ipermercati.

14. Nel caso di specie, il mercato interessato è quindi quello degli ipermercati, vale a dire quello comprensivo di tutti i punti vendita di dimensione superiore a 400 mq collocati in un'isocrona di massimo 15 minuti di guida dal punto vendita oggetto dell'acquisizione.

IV.1.2 I mercati dell'approvvigionamento di prodotti alimentari e non alimentari di largo consumo

15. I mercati dell'approvvigionamento afferiscono agli acquisti effettuati dalle catene della GDO, che rappresentano il lato della domanda, direttamente presso produttori di beni di largo consumo alimentare e non, che costituiscono il versante dell'offerta, ai fini della rivendita nel canale della distribuzione moderna⁷.

16. Poiché il servizio offerto dalla GDO ai consumatori consiste nella possibilità di acquistare in un unico punto vendita l'intero paniere di prodotti alimentari e non, di largo consumo e di utilizzo quotidiano, ciascuno appartenente a una categoria merceologica distinta, l'Autorità in passato ha ritenuto che potessero essere individuati diversi mercati di approvvigionamento, distinti per categorie di prodotti⁸. All'interno dell'offerta della GDO, è inoltre possibile distinguere i mercati dell'approvvigionamento sulla base del marchio dei prodotti (es. prodotti a marca privata o del distributore, prodotti a marchio dell'industria, prodotti *subbranded*).

17. I mercati dell'approvvigionamento hanno generalmente dimensione nazionale, effettuandosi a livello nazionale sia gli acquisti che le relative negoziazioni. Possono far eccezione alcune categorie di prodotti freschi o di tipicità locale, caratterizzati da mercati di dimensione più circoscritta, che tuttavia sono generalmente esclusi dall'ambito di contrattazione delle centrali d'acquisto.

18. Con riguardo a tali mercati, è comunque possibile, ai fini della presente decisione, lasciare aperta la definizione di mercato, posto che, come meglio sarà illustrato *infra*, l'operazione non appare idonea a ostacolare in misura significativa la concorrenza effettiva sul mercato.

IV.2 Gli effetti dell'operazione

19. Come anticipato, l'Autorità ha già valutato l'acquisizione da parte di Conad NO, di alcuni rami di azienda della società Bennet S.p.A.⁹. Queste operazioni, essendo concluse tra le stesse imprese in un periodo di due anni, sono da considerarsi un'unica concentrazione. Tuttavia, posto che la presente operazione riguarda un mercato geografico differente e distinto, la valutazione che segue avrà ad oggetto solo tale ultima acquisizione, rinviandosi alle decisioni del 6 giugno 2023, dell'11 luglio 2023 e del 21 novembre 2023 per la valutazione inerente agli altri mercati.

⁷ Cfr. ex multis C12247B - BDO Italia-ConvaldiMarket, provvedimento n. 28163 del 25 febbraio 2020.

⁸ Cfr. T668 - Centrale d'acquisto per la grande distribuzione organizzata, provvedimento n. 25090 del 17 settembre 2014.

⁹ Cfr. casi C12532 - *Nordwest Institute / Rami d'azienda di Bennet*, provvedimento n. 30656 del 6 giugno 2023; C12548 - *Conad Nord Ovest / Rami d'azienda di Bennet*, provvedimento n. 30720 del 11 luglio 2023 e C12580 - *Conad Nord Ovest / Rami d'azienda Bennet*, provvedimento n. 30885 del 21 novembre 2023.

20. Con riferimento al mercato della vendita al dettaglio di prodotti alimentari e non alimentari di largo consumo, si osserva che, a livello locale, nel mercato rappresentato dalla isocrona costruita attorno al punto vendita oggetto dell'acquisizione, la Target detiene una quota di mercato pari al [20-25%], mentre Conad NO detiene una quota di mercato pari al [5-10%]. La nuova entità post merger arriverebbe a detenere una quota di mercato congiunta pari a circa il [30-35%].

21. Secondo la prassi consolidata dell'Autorità in tema di valutazione delle concentrazioni nel settore della grande distribuzione alimentare organizzata, le evidenze quantitative legate alle quote di mercato detenute dalle Parti e dai concorrenti nei mercati rilevanti sono state integrate con indicatori quali il c.d. *diversion ratio*¹⁰, indice in grado di cogliere gli effettivi rapporti di sostituibilità (e concorrenza reciproca) tra punti vendita inseriti nel medesimo mercato rilevante, considerando un valore soglia del 20%¹¹. Al di sotto di tale soglia si possono escludere *prima facie*, sulla base degli indicatori impiegati nell'esperienza e nella prassi delle autorità di concorrenza a livello internazionale¹², effetti unilaterali di rilievo.

22. Tale approccio è ritenuto necessario in contesti competitivi locali, al cui interno la capacità di ciascun punto vendita di esercitare una pressione competitiva rispetto ad un determinato punto vendita target dipende da fattori quali la distanza, la superficie di vendita (che approssima la profondità della gamma di prodotti offerti) o il marchio, che difficilmente possono essere colti da un'analisi dimensionale delle quote.

23. L'analisi evidenzia che l'operazione in esame non è suscettibile di dare luogo a effetti unilaterali di rilievo in quanto il *diversion ratio* è pari al 4%, ampiamente inferiore alla soglia di attenzione considerata. Inoltre, si osserva che, nello stesso mercato locale, operano numerosi e qualificati concorrenti *omnibus*.

24. Con riferimento all'approvvigionamento di prodotti alimentari e non alimentari di largo consumo, a livello nazionale, sulla base dei dati forniti dalle Parti, la catena Conad detiene nel settore della GDO una quota pari a circa il [10-15%], che si incrementerebbe in misura trascurabile ad esito della presente operazione (considerando altresì le precedenti acquisizioni dei rami di azienda di Bennet). Analogamente marginale risulta l'incremento del potere di mercato determinato dalla presente operazione nell'ambito della centrale di acquisto Conad-Finiper, la quale detiene attualmente una quota, a livello nazionale, pari a circa il [15-20%] inferiore a quella detenuta dalla supercentrale ESD.

¹⁰ Un *diversion ratio* da un punto vendita ad un altro del 20% significa che in caso di chiusura del primo lo comunque di una variazione delle sue politiche commerciali in termini di incremento dei prezzi o/o di riduzione della qualità su dieci consumatori che abbandonano quel punto vendita due andranno all'altro; se i due punti vendita ricadono sotto la medesima proprietà a seguito di una operazione di concentrazione, la possibilità di internalizzare questo effetto di sostituzione del punto vendita in seno al medesimo gruppo fa crescere gli incentivi ad aumentare i prezzi da parte del soggetto che si integra.

¹¹ Cfr. C12247B - BDC Italia-Conad/Asclan, provvedimento n. 28169 del 25 febbraio 2020.

¹² Cfr. ad esempio: Office of Fair Trading, ME377308 Co-operative Group Limited - Somerfield Limited del 21 Dicembre 2009; Commissione Europea, Case M.7758-HUTCHISON 3G ITALY / WIND / JV del 1° settembre 2016. V. anche Commissione Europea, "Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings" del 5 febbraio 2004 (2004/C 31/03), paragrafo 29: "[q]uando sono disponibili dati, il grado di sostituibilità può essere valutato mediante inchieste sulle preferenze dei consumatori, analisi dei comportamenti di acquisto, la stima dell'elasticità incrociata rispetto al prezzo dei prodotti di cui trattasi, o coefficienti di diamento (ovvero i *diversion ratios*, n.d.r.)" e OECD - Policy Roundtable 2011: "Economic Evidence in Merger Analysis".

25. Alla luce delle considerazioni che precedono, la concentrazione in esame non appare idonea a ostacolare in misura significativa la concorrenza effettiva nei mercati interessati e a determinare la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante.

RITENUTO, pertanto, che l'operazione in esame non ostacola, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/1990, in misura significativa la concorrenza effettiva nei mercati interessati e non comporta la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante;

RITENUTO, altresì, che le clausole di non concorrenza sopra descritte possono ritenersi accessorie alla presente operazione nei soli limiti sopra indicati e che l'Autorità si riserva di valutare, laddove sussistano i presupposti, le suddette clausole che si dovessero realizzare oltre tali limiti.

DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/1990.

Le conclusioni di cui sopra saranno comunicate, ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/1990, alle imprese interessate e al Ministro delle Imprese e del *Made in Italy*.

Il presente provvedimento sarà pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE

Guido Stazi

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

**CI2633 - ARCA FONDI SGR/BRAND LABEL-BULGARELLI PRODUCTION-CORI
SACCHETTIFICIO-D'AURIA PACKAGING-VALTENNA***Procedimento n. 31208*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 21 maggio 2024;

SENTITO il Relatore, Saverio Valentino;

VISTO il Regolamento CE n. 139/2004;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la comunicazione della società Arca Fondi S.G.R. S.p.A. e da *fornisce*¹ pervenuta in data 30 aprile 2024;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Arca Fondi S.G.R. S.p.A. (di seguito anche "Arca") è una società di gestione del risparmio operante in Italia che, tra le altre cose, controlla e gestisce il fondo di *private equity* Arca Space Capital. Arca è interamente partecipata da Arca Holding S.p.A., la quale è a sua volta controllata da BPER Banca S.p.A. ("BPER"), con una quota di partecipazione pari al 57%. BPER è una società quotata alla Borsa di Milano a capo dell'omonimo gruppo bancario attivo nell'offerta di servizi e prodotti bancari, finanziari e assicurativi, ad azionariato diffuso ("Gruppo BPER").

Nel 2023, il Gruppo BPER ha realizzato a livello mondiale un fatturato consolidato di circa [7-8] miliardi di euro, di cui [7-8] miliardi di euro nell'Unione Europea e [7-8] miliardi di euro in Italia.

2. Brand Label S.r.l. (di seguito anche "Brand Label") è una società attiva nella produzione e commercializzazione di etichette in tessuto, principalmente destinate all'abbigliamento di lusso. Brand Label è attualmente controllata da Edward Group S.r.l., con una partecipazione del 100%. Il capitale sociale di quest'ultima è interamente detenuto da [A.P.T.].

Brand Label ha prodotto nel 2023 un fatturato di circa [1-10] milioni di euro a livello mondiale, di cui circa [1-10] milioni di euro nell'Unione Europea e [1-10] milioni di euro in Italia.

3. Bulgarelli Production S.r.l. (di seguito anche "Bulgarelli") è una società attiva nella produzione e commercializzazione di etichette di carta e cartone (i.e., cartellini) prevalentemente destinate all'abbigliamento di lusso. Bulgarelli è controllata da DB Capital S.r.l., il cui capitale sociale di quest'ultima è interamente detenuto da [D.B.].

Nel 2023 il fatturato generato da Bulgarelli a livello mondiale è stato pari a circa [1-10] milioni di euro, di cui [1-10] milioni di euro nell'Unione Europea e [1-10] milioni di euro in Italia.

¹ Nella presente versione alcuni dati sono omissi, in quanto si sono rinvenuti assistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

4. CO.RI Sacchettificio S.r.l. (di seguito anche "CO.RI") è una società attiva nella produzione e commercializzazione di sacchetti in tessuto per abbigliamento e pelletteria di lusso. CO.RI è soggetta direttamente e indirettamente (per il tramite di Zamonia Group S.r.l.) al controllo congiunto di [S.B.] e [C.D.S.] ("Soci CO.RI").

Nel 2023, CO.RI ha realizzato a livello mondiale un fatturato di circa [10-35] milioni di euro a livello mondiale, di cui circa [10-35] milioni di euro nell'Unione Europea e [10-35] milioni di euro in Italia.

5. D'Auria Packaging S.p.A. (di seguito anche "D'Auria") è una società attiva principalmente nella commercializzazione di *shopping bags* in cartotecnica e, in misura minore, *bag in box* per prodotti di lusso. D'Auria controlla a sua volta D Print Europe SHPK, con una partecipazione del 75%, società di diritto albanese attiva nel *packaging* di lusso e nella stampa editoriale in Albania. D'Auria è controllata in via esclusiva da [C.D.A.], tramite D'Auria Media Group S.r.l., con una partecipazione del 65%.

D'Auria ha prodotto nel 2023 un fatturato di circa [10-35] milioni di euro a livello mondiale, di cui circa 13,5 milioni nell'Unione Europea e [10-35] milioni di euro in Italia.

6. Valtenna S.r.l. (di seguito anche "Valtenna") è una società attiva nella produzione di scatole in carta e cartone, destinate principalmente ai prodotti di lusso. Valtenna detiene il 100% del capitale sociale di MVA Packaging SHPK, anch'essa attiva nella produzione e commercializzazione di *packaging* in carta e cartone, ma esclusivamente in Albania. Valtenna è controllata congiuntamente da [A.M.], [E.M.], [M.M.], [L.M.], [S.M.] e [T.M.] ("Soci Valtenna").

Il fatturato realizzato a livello mondiale da Valtenna nel 2023 è stato pari a circa [10-35] milioni di euro, di cui circa [10-35] milioni di euro nell'Unione Europea e [10-35] milioni di euro in Italia.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

7. L'operazione in esame consiste nell'acquisizione da parte di Arca, del controllo esclusivo, attraverso LuxPack, che acquisirà il 100% del capitale sociale di ciascuna delle predette società. Contestualmente, Brand Label, Bulgarelli, CO.RI, D'Auria e Valtenna effettueranno un reinvestimento in LuxPack in forza del quale andranno a detenere una quota del capitale sociale di quest'ultima complessivamente pari al 32%, senza che ciascuno di essi detenga diritti di voto tali da conferire a questi ultimi il controllo congiunto sulle società Target.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

8. L'operazione comunicata, in quanto comporta l'acquisizione del controllo di imprese, costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera b), della legge n. 287/1990. Essa rientra nell'ambito di applicazione della legge n. 287/1990, non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento CE n. 139/2004.

9. Tale concentrazione, tuttavia, non è soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, commi 1 e 2, della medesima legge, in quanto non vi sono almeno due imprese interessate dall'operazione con fatturato individuale in Italia superiore a 35 milioni di euro.

RITENUTO, pertanto, che l'operazione non è soggetta ad obbligo di comunicazione preventiva ai sensi dell'articolo 16, comma 1, della legge n. 287/1990;

DELIBERA

che non vi è luogo a provvedere.

Le conclusioni di cui sopra saranno comunicate, ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/1990, alle imprese interessate e al Ministro delle Imprese e del Made in Italy.

Il presente provvedimento sarà pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE

Guido Stazi

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

C12634 - BCC PAY/RAMO DI AZIENDA DI BANCO BPM*Provvedimento n. 31209*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 21 maggio 2024;

SENTITA la Relatrice, Professoressa Elisabetta Iossa;

VISTO il Regolamento (CE) n. 139/2004;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTA la comunicazione della società BCC Pay S.p.A., pervenuta in data 30 aprile 2024;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

I. BCC Pay S.p.A. (di seguito "BCC Pay")¹ è un Istituto di Moneta Elettronica (IMEL), autorizzato e sottoposto a vigilanza della Banca d'Italia, attivo nel settore della moneta e, in particolare, nelle: (i) attività di *merchant acquiring* (di seguito anche solo "acquiring") a livello *wholesale*, ossia di abilitazione e gestione dei pagamenti ricevuti da esercenti commerciali (fisici o digitali) tramite sistemi di pagamento digitale; (ii) attività di *card issuing* (di seguito anche solo "issuing"), ossia di emissione di carte di pagamento (credito, debito e prepagate) e di autorizzazione di pagamenti e transazioni effettuate con le stesse; (iii) attività di *card personalization*². Attualmente BCC Pay risulta controllata da Pay Holding S.p.A. (di seguito "Pay Holding")³, il cui capitale è detenuto al 60% da FSI Holding S.p.A., che ne detiene il controllo esclusivo, e al 40% da ICCREA Banca S.p.A. (di seguito ICCREA). FSI Holding S.p.A. è controllata a sua volta, per il tramite del fondo FSI I, da FSI SGR S.p.A. (di seguito "FSI"). In definitiva, quindi, BCC Pay è controllata indirettamente e in via esclusiva da FSI, società di gestione del risparmio di diritto italiano, il cui capitale sociale è attualmente detenuto da Magenta 71 S.r.l., con una partecipazione di controllo del 90,1%, e ION Capital Partners Limited, con una partecipazione del 9,9%. Inoltre, FSI ha di recente acquisito il controllo esclusivo (in nome e per conto del fondo d'investimento gestito denominato "FSI II") di Bancomat S.p.A., FSI è quindi attiva anche nel mercato dei circuiti di pagamento⁴.

Nel 2022, il fatturato consolidato realizzato da FSI è stato pari a circa [567-700]⁵ milioni di euro a livello globale, di cui circa [567-700] milioni nell'Unione europea e circa [567-700] milioni in Italia⁵.

¹ A partire dal 1° maggio 2024 la denominazione sociale di BCC Pay si modifica in Namia S.p.A.

² Cfr. C12599 - FSI SGR / BCC PAY/Ramo di azienda di BCC Storigia, provv. n. 31058 del 6 febbraio 2024, in Boll. n. 82/04.

³ A partire dal 1° maggio 2024 la denominazione sociale di Pay Holding S.p.A. si modifica in Namia Group S.p.A.

⁴ Cfr. C12579 - FSI SGR / Bancosist, provv. n. 31021 del 30 gennaio 2024, in Boll. n. 42/04.

⁵ Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

⁵ Tale fatturato comprende anche il fatturato di BCC Pay, interamente realizzato in Italia.

2. Oggetto di acquisizione sono alcune attività del settore della monetica di Banco BPM S.p.A. (di seguito "Ramo BBPM"), unitamente al 100% del capitale sociale di Tecmarket Servizi S.p.A. (di seguito "Partecipazione Tecmarket"). In particolare, il Ramo BBPM includerà i rapporti contrattuali e alcuni degli *asset* di titolarità di Banco BPM S.p.A. utilizzati per lo svolgimento delle attività di produzione della monetica, inclusi: (i) dei contratti con la clientela aventi ad oggetto le attività di *issuing* e *acquiring*; (ii) dei contratti di fornitura in essere con terze parti relativi ai servizi di *issuing*, *acquiring* POS e *acquiring* ATM, nonché servizi di fornitura IT; (iii) di taluni *asset* materiali, procedure informatiche e i dipendenti attualmente deputati ad alcune attività di *issuing* e *acquiring*. Con riferimento alla Partecipazione Tecmarket, la società opera nel settore del *procurement*, nella distribuzione di terminali POS e di servizi di carattere tecnico e/o informatico afferenti alle attività di *acquiring* incluse nel Ramo BBPM. Nel 2022, il fatturato realizzato, interamente in Italia, dal Ramo BBPM e dalla Partecipazione Tecmarket è stato pari a circa [100-567] milioni di euro.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

3. L'operazione comunicata ha ad oggetto l'acquisizione del controllo esclusivo del Ramo BBPM e della Partecipazione Tecmarket (di seguito congiuntamente anche "la *Target*"), da parte di BCC Pay e, dunque, in ultima istanza, da parte di FSI. In particolare, sulla base di accordi sottoscritti tra FSI, FSI Holding S.p.A., Pay Holding, BCC Pay, ICCREA e Banco BPM S.p.A. (di seguito "Banco BPM"), ad esito dell'operazione il capitale di BCC Pay sarà detenuto indirettamente, per il tramite di Pay Holding, da FSI per il 42,86%, da ICCREA per il 28,57% e da Banco BPM per il 28,57%. Più nel dettaglio, FSI sarà l'unico dei tre azionisti ad avere la maggioranza dei voti per adottare decisioni sulle materie strategiche nell'Assemblea dei soci di Pay Holding⁶, inclusa la nomina della maggioranza dei membri del Consiglio di amministrazione sia di Pay Holding sia di BCC Pay, nonché la nomina dell'Amministratore Delegato di BCC Pay e l'approvazione delle decisioni rilevanti dal punto di vista strategico, quali approvazione del *budget*, del piano strategico e di quello industriale, di Pay Holding e di BCC Pay. ICCREA e Banco BPM godranno invece delle tipiche tutele degli azionisti di minoranza, limitate essenzialmente alla protezione dell'investimento. Pertanto, ad esito dell'operazione, BCC Pay continuerà a essere controllata indirettamente da FSI, che acquisirà, proprio per il tramite di BCC Pay, anche il controllo indiretto della *Target*.

4. In base a quanto dichiarato dalle Parti, l'operazione prevede altresì un accordo di promozione e collocamento in forza del quale BCC Pay diventerà il fornitore esclusivo di prodotti e servizi di moneta elettronica di Banco BPM, [omissis].

5. Secondo quanto notificato dalle Parti, l'operazione si inquadra nell'ambito del percorso strategico intrapreso da BCC Pay a seguito dell'acquisizione del controllo da parte di FSI, il cui obiettivo è quello di creare un ulteriore *player* di riferimento nel settore della monetica, sia con riguardo alle attività legate all'emissione e collocamento delle carte di pagamento (*issuing*) sia all'accettazione dei pagamenti presso gli esercenti (*acquiring*).

⁶ Intatti, [omissis].

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

6. L'operazione comunicata, in quanto comporta l'acquisizione del controllo di un ramo d'impresa, costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera b), della legge n. 287/1990. Essa rientra nell'ambito di applicazione della legge n. 287/1990, non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento CE 139/2004, ed è soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge, in quanto il fatturato totale realizzato nell'ultimo esercizio a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate è stato superiore a 567 milioni di euro e il fatturato totale realizzato, nell'ultimo esercizio a livello nazionale, individualmente da almeno due di esse è stato superiore a 35 milioni di euro⁷.

7. Con riferimento all'accordo di promozione e collocamento fra BCC Pay e Banco BPM, si ritiene che non possa essere considerato parte integrante dell'operazione né una restrizione accessoria, in quanto contiene un vincolo di esclusiva, *[omissa]*, come chiarito al punto 34 dalla Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle concentrazioni, "gli obblighi che comportano quantitativi illimitati o l'esclusiva o che conferiscono uno status di fornitore o acquirente privilegiato non sono necessari alla realizzazione della concentrazione"⁸.

IV. VALUTAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE

a) I mercati interessati

8. In ragione dell'attività svolta dalle Parti, l'operazione in esame interessa, sotto il profilo merceologico, il mercato del *wholesale merchant acquiring* e della fornitura di POS e servizi collegati, il mercato dei servizi di emissione delle carte di pagamento (*issuing*), nonché i mercati a essi verticalmente integrati dei servizi di produzione e personalizzazione di carte di pagamento *smart* e del circuito delle carte di debito⁹.

a.1) I servizi di *wholesale merchant acquiring*

9. I servizi di *merchant acquiring* consistono in una serie di attività volte a consentire agli esercenti di accettare pagamenti tramite carta, sia presso i punti vendita tradizionali sia *online*, e di assicurarsi la successiva ricezione del denaro relativo a tali transazioni. Tali servizi includono principalmente: (a) la commercializzazione di prodotti e servizi necessari e accessori all'accettazione di pagamenti, al fine di consentire agli esercenti di accettare quanti più metodi di pagamento possibile; (b) l'attività di contrattualizzazione degli esercenti e la fornitura dell'infrastruttura tecnica (*hardware/software* – terminali POS) per l'accettazione di pagamenti e l'acquisizione di dati sulle transazioni; (c) la verifica dell'idoneità dell'esercente ad aderire al circuito di pagamento e la gestione del rapporto con i circuiti stessi; (d) lo svolgimento di qualsiasi attività necessaria per compensare e regolare il trasferimento di denaro all'issuer che ha emesso la

⁷ Provvedimento dell'Autorità n. 31088 del 5 marzo 2024 "Revisione delle fatture ex art. 16, comma 1, della legge n. 287/90", pubblicato sul Bollettino n. 10 del 11 marzo 2024.

⁸ Cfr. Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle concentrazioni (G.U.C.E. 2005C-3693 del 5 marzo 2005).

⁹ Come evidenziato sopra nella nota 4, PSI ha di recente acquisito il controllo esclusivo di Boncomat S.p.A. e, quindi, del Circuito Boncomat.

carta di pagamento (cd. *interchange fee*), al circuito di pagamento attraverso la cui rete è stata indirizzata la transazione (cd. *scheme fee*) e all'esercente con riferimento all'operazione eseguita, al netto delle varie commissioni dovute al *merchant acquirer*; (e) la fornitura di altri servizi vari e/o accessori relativi al *merchant acquiring*.

I servizi elencati sono forniti agli esercenti dalle banche o dai Prestatori di Servizi di Pagamento - PSP; le banche, a loro volta, possono autoprodurre tali servizi o acquistarli all'ingrosso (a livello *wholesale*) dai PSP.

10. Quanto all'individuazione dei mercati rilevanti inerenti alla succitata attività, l'Autorità nei suoi precedenti ha individuato i seguenti mercati¹⁰:

(i) il mercato del *wholesale merchant acquiring*, avente dimensione geografica sovranazionale, la cui domanda è rappresentata dalle banche che acquistano i servizi dai PSP per poi rivenderli agli esercenti, eventualmente in abbinamento ad altri prodotti e servizi (ad esempio, servizi di *processing*, di gestione terminali e di fornitura di POS);

(ii) il mercato del *retail merchant acquiring*, avente dimensione geografica nazionale, la cui domanda è rappresentata dagli esercenti che acquistano i servizi di *merchant acquiring* delle banche o direttamente dai PSP (di regola, in abbinamento con i POS), così da consentire alla propria clientela di poter effettuare i pagamenti tramite carta.

11. Ciò posto, ai fini dell'operazione, le Parti rappresentano come BCC Pay sia attiva esclusivamente nel mercato sovranazionale dei servizi di *wholesale merchant acquiring*. Banco BPM non risulta invece attiva in questo mercato, in quanto si limita a svolgere *in-house* i servizi necessari alle proprie attività a livello *wholesale* (operando solo a livello di *retail merchant acquiring*); tuttavia, in seguito all'operazione in esame, le Parti evidenziano che i volumi del Ramo BBPM e della Partecipazione Tecmarket saranno esternalizzati a BCC Pay.

a.2) I servizi di emissione delle carte di pagamento (issuing)

12. Il mercato dei servizi di *issuing* delle carte di pagamento (classificabili come di debito, prepagate incluse, e di credito) si riferisce all'attività di emissione, consistente in un insieme di servizi finalizzati alla fornitura di tali carte ai clienti finali (*i.e.* i titolari di carte). In particolare, l'attività di emissione delle carte comprende principalmente l'offerta della carta al cliente finale, la definizione delle caratteristiche della carta e delle relative condizioni economiche (ammontare del canone annuo, commissioni per il servizio di anticipo contante, spese di invio estratto conto e altre commissioni), la valutazione creditizia del cliente, la contrattualizzazione dello stesso, la gestione dei rapporti con i circuiti, le attività di *customer service* e di *marketing* e la gestione del rischio creditizio e delle frodi. All'interno di tale mercato possono essere, a loro volta, individuati distinti mercati in base al tipo di carta e, dunque, carta di credito e carta di debito (incluse le prepagate).

Le Parti risultano attive sia nell'emissione di carte di credito sia di carte di debito.

13. Dal punto di vista geografico, in coerenza con i precedenti dell'Autorità¹¹, i servizi di emissione delle carte di pagamento appaiono presentare dimensione nazionale, in quanto le condizioni di emissione risultano sufficientemente uniformi all'interno dello stesso Paese; viceversa,

¹⁰ Cir. ex art. 61 C12573-Neo5id, govv. n. 29839 del 12 ottobre 2021, in Boll. n. 41/2021.

¹¹ Cir. di ultimo C12579 - PSI SGR / Bancostar, cit. e C12599 - PSI SGR / BCC PAY Ramo di attività di BCC Energia, cit.

si rilevano differenze nello svolgimento dell'attività tra i vari Paesi europei, a livello di operatori attivi, in termini di modalità di utilizzo delle licenze nazionali e di condizioni economiche.

a.3) I circuiti di pagamento

14. In base alla prassi consolidata nazionale e comunitaria¹², l'attività svolta dai circuiti di pagamento può essere definita come la prestazione di servizi connessi al funzionamento dei circuiti di pagamento. In particolare, i gestori di questi sistemi di pagamento competono tra loro al fine di incentivare le società finanziarie, emittitrici di carte di pagamento e convenzionatrici degli esercenti, a partecipare al proprio circuito e a utilizzare il proprio sistema. A tal fine, i circuiti definiscono gli *standard* tecnici e le regole comuni necessari al proprio funzionamento come, ad esempio, le regole che governano la gestione delle autorizzazioni e del *processing* delle transazioni concluse sul proprio *network*. L'accesso ai circuiti è consentito a tutti coloro che adempiono alla normativa vigente di settore¹³; tutte le regole del circuito sono accettate e applicate, attraverso contratti di licenza standardizzati, dai soggetti licenziatari che operano in qualità di *issuer* (emittenti delle carte) e/o di *acquirer* (convenzionatori) per il circuito stesso.

15. I circuiti sono inoltre proprietari dei marchi che li contraddistinguono. L'utilizzo dei servizi forniti attraverso il circuito avviene a titolo oneroso (i.e. attraverso il pagamento delle *scheme fees*). All'interno dell'attività svolta dai circuiti di pagamento possono essere individuati distinti mercati in base al tipo di carta, e dunque, carta di credito e carta di debito.

16. Dal punto di vista geografico, alla luce della prassi nazionale e comunitaria, la dimensione di tali mercati può essere circoscritta all'ambito del territorio nazionale, in quanto le modalità di offerta appaiono sufficientemente uniformi all'interno dello stesso; viceversa, permangono differenze a livello di operatori attivi, di modalità di utilizzo delle licenze nazionali, di condizioni economiche, tra i vari paesi tali da escludere un ambito geografico rilevante più ampio di quello nazionale. Si consideri, in particolare, che in alcuni paesi vi sono circuiti attivi solo a livello nazionale, come è il caso di Bancomat, che è presente solo in Italia, o di Cartes Bancaires, che è attivo solo in Francia.

a.4) La produzione e personalizzazione delle carte di pagamento smart

17. Con riguardo alla produzione e personalizzazione delle carte di pagamento smart¹⁴, va premesso che la produzione di tali carte consta di due fasi: la prima riguarda la fabbricazione della carta vera e propria, cioè la plastica e il *chip*, mentre la seconda, cui fanno principalmente riferimento

¹² Cf. caso T20 - Carte de credit; caso T24 - Commissione Interbancaire Pagobancomat, decisione della Commissione europea del 19 dicembre 2007, Caso COM/P34.579 - Mastercard; decisione della Commissione europea del 29 aprile 2019, Caso AT.40089 - MonnetCard II; decisione della Commissione europea del 26 febbraio 2014, Caso AT.39391 - Visa ADP.

¹³ Infatti, l'operatore *issuer* o *acquirer* deve rivestire la qualifica di Prestatore di Servizi di Pagamento (PSP), deve essere in possesso dell'autorizzazione rilasciata dall'Autorità competente e non deve essere interessato da provvedimenti di messa in liquidazione concorsuale o volontaria, ossia da provvedimenti restrittivi delle attività di *issuing* e di *acquiring* (ad esempio in materia di antiriciclaggio). Inoltre, più in generale, l'art. 7 del Regolamento UE 2015/751 in materia di separazione tra schemi di carte di pagamento e soggetti incaricati del trattamento delle operazioni, prevede espressamente il divieto per tali soggetti di poter in essere comportamenti discriminatori tra le proprie controllate o i propri associati, da un lato, e gli utenti delle carte di pagamento e altre controparti contrattuali, dall'altro.

¹⁴ Le carte di pagamento smart sono strumenti di pagamento con microprocessori incorporati che memorizzano e proteggono i dati della carta e garantiscono standard di sicurezza avanzati non disponibili con le tradizionali carte a banda magnetica. Questi standard di sicurezza sono sviluppati con l'obiettivo di prevenire pratiche fraudolente come lo *skimming* e la clonazione delle carte e includono l'autenticazione statica o dinamica dei dati e altre capacità applicative.

le attività di BCC Pay¹⁵, è incentrata sulla personalizzazione della carta di pagamento *smart*, ovvero l'aggiunta dei dettagli del titolare sia sulla carta (nome, numero della carta, data di scadenza) sia all'interno del *chip* (nome, numero di conto, PIN e dettagli del conto), nonché la spedizione della carta presso la residenza del titolare o presso la banca collocatrice. La personalizzazione delle carte riveste dunque carattere accessorio alla produzione delle stesse: infatti, i principali produttori insieme alla fornitura delle carte di pagamento *smart* prestano di regola anche servizi di personalizzazione, sebbene siano presenti sul mercato anche operatori specializzati nella sola personalizzazione¹⁶.

Nel caso di specie, la fornitura di carte di pagamento *smart* costituisce un *input* per i servizi di *issuing* nei quali sono attive BCC Pay e la Target.

18. I servizi di produzione e personalizzazione di carte di pagamento *smart* non sono stati finora oggetto di una puntuale analisi e definizione da parte dell'Autorità; di essi si è occupata, invece, la Commissione europea, che ha, in primo luogo, ritenuto sussistere una differenza tra la fornitura di carte di pagamento rispetto alla fornitura di altre tipologie di carte (ad esempio, SIM); quanto ad altre possibili segmentazioni, la Commissione ha lasciato aperta la definizione del mercato merceologico¹⁷. Solo nella sua prassi più recente¹⁸, la Commissione ha sottolineato la presenza di alcuni elementi a favore di una distinzione tra produzione e fornitura di carte non personalizzate e di carte personalizzate. In relazione alla presente operazione, dal punto di vista merceologico, non vi sono elementi univoci che depongano a favore di una definizione di mercato unica per i due servizi o dutanti; la definizione merceologica del mercato può dunque essere lasciata aperta¹⁹.

19. Per quel che concerne la dimensione geografica, la Commissione non è pervenuta a una definizione puntuale della dimensione del mercato in esame. Tuttavia, l'Autorità, nella sua più recente casistica, ha proposto per attribuire al mercato una dimensione sovranazionale, dal momento che non sussistono barriere normative o tecnologiche che impediscano agli operatori di approvvigionarsi anche da fornitori non residenti sul territorio italiano e che i principali fornitori di tali servizi, che non risiedono in Italia, operano a livello europeo offrendo i propri servizi anche ad acquirenti italiani²⁰.

b) Effetti dell'operazione

20. L'operazione comunicata, sulla base dei dati e delle informazioni fornite dalle Parti, non appare idonea a determinare effetti distortivi per la concorrenza.

¹⁵ Cfr. sul punto C12599 - *PSI SGR / BCC PAY* - *Rassegna di agenda di BCC Energia*, cit.

¹⁶ In particolare, gli *issuers* possono rifornirsi da un unico interlocutore, ad esempio un produttore che offre anche i servizi di personalizzazione, o un operatore specializzato solo nella personalizzazione che a sua volta si procura le carte da un produttore, oppure rifornirsi di carte non personalizzate e di servizi di personalizzazione separatamente.

¹⁷ Cfr. decisione della Commissione del 29 maggio 2006 nel caso M.3998 - *Acuita/GenPlus*, e la decisione della Commissione del 19 aprile 2017 nel caso M.8258 - *Adient International/Morpho*.

¹⁸ Cfr. decisione del 9 marzo 2021 nel caso M.10075 - *Nexi/Neto Group*, nella quale la Commissione europea ha evidenziato che: a) la maggior parte degli acquirenti acquistano i due servizi da soggetti differenti; b) gli acquirenti basano le proprie scelte in merito al fornitore di carte secondo criteri differenti a seconda che si tratti di carte personalizzate e carte non personalizzate; c) diversi soggetti offrono solo uno dei due servizi, ossia la fornitura di carte personalizzate, e hanno rappresentato molte difficoltà a produrre carte non personalizzate.

¹⁹ In termini simili, cfr. C12373 - *Nexi/SA*, cit.

²⁰ Cfr. C12373 - *Nexi/SA*, cit.

21. In particolare, con riguardo al mercato sovranazionale dei servizi di *wholesale merchant acquiring* e della fornitura di POS e servizi collegati, la quota detenuta da BCC Pay è pari al [1-5%] e i volumi della *Target* che verranno trasferiti a livello *wholesale* a BCC Pay sono pari al [1-5%] (dati riferibili all'anno 2022); pertanto, il posizionamento dell'entità *post-merger* risulterà trascurabile, pari al [1-5%]. Nel mercato sono presenti numerosi e qualificati concorrenti, attivi anche a livello internazionale, quali ad esempio Crédit Mutuel (con una quota stimata dalla Parti del 25-30%), Global Payment/TSYS (10-15%) e Nexi (5-10%).

22. Con riferimento al mercato dei servizi di emissione delle carte di pagamento, BCC Pay è attiva nell'issuing delle carte di debito e di credito con una quota a livello nazionale molto limitata, pari nel 2022 rispettivamente al [1-5%] e al [5-10%], stante il posizionamento pressoché analogo della *Target*, pari al [1-5%] per le carte di debito e il [5-10%] per le carte di credito. La quota di mercato congiunta sarà contenuta, pari rispettivamente al [5-10%] nell'emissione delle carte di debito e al [10-15%] in quella delle carte di credito. In entrambi i mercati si registra la presenza di numerosi e qualificati concorrenti, quali ad esempio Intesa Sanpaolo (con una quota stimata dalle Parti del 10-15%), Unicredit (5-10%) e Poste Italiane (30-35%) per le carte di debito e prepagate, e Nexi (con una quota stimata del 15-20%), Intesa Sanpaolo (10-15%) e Unicredit (5-10%).

23. Non si realizzano, pertanto, sovrapposizioni orizzontali suscettibili di creare criticità dal punto di vista antitrust.

24. Con riguardo ai possibili effetti verticali derivanti dall'operazione, si osserva quanto segue. In primo luogo, rileva sottolineare che Bancomat e BCC Pay si pongono in un rapporto verticale, in quanto BCC Pay usufruisce, in qualità di cliente, dei servizi del circuito delle carte di debito gestito da Bancomat. In particolare, Bancomat è attiva a monte, come schema di pagamento del debito domestico e convenziona gli *issuers* a valle, come banche o PSP (quali ad esempio Nexi e Worldline), che emettono carte di pagamento - nel caso di specie di debito e prepagate, che utilizzano il circuito Bancomat - spesso in modalità *co-branded* con altri circuiti internazionali (come Mastercard o Visa). Quanto all'accettazione dei pagamenti, Bancomat deve avere rapporti commerciali con gli *acquirers*, che permettono agli esercenti di accettare pagamenti con carta nei loro punti di vendita (tramite terminali POS fisici) o *online* (tramite *virtual POS*). Pertanto, sussistono dei legami verticali fra i mercati del *wholesale merchant acquiring* e dell'issuing, da un lato, e il mercato dei circuiti delle carte di debito dall'altro.

25. Al riguardo, si osserva da un lato come le quote riferibili all'anno 2022 di BCC Pay nel mercato nazionale dei servizi di *issuing* delle carte di debito e nel mercato sovranazionale dei servizi di *wholesale merchant acquiring* siano molto contenute e restino tali anche a valle dell'operazione, come sopra descritto. In tali mercati sono peraltro attivi numerosi e qualificati concorrenti. L'operazione non appare quindi idonea a sollevare alcuna preoccupazione sotto il profilo della possibile esclusione della clientela.

Dall'altro lato, come evidenziato dall'Autorità con riguardo alla recente valutazione del caso C12579 - *FSI SGR / Bancomat*, rileva considerare come Bancomat e FSI (quali controllante di Bancomat) non appaiono avere allo stato né l'incentivo né la capacità di alterare le dinamiche di mercato, ponendo in essere limitazioni alle condizioni di offerta dei servizi forniti ai concorrenti di BCC Pay. Infatti, tenuto conto che l'incentivo primario di un circuito è quello di espandere il più possibile la sua diffusione sia sul versante "*issuing*" sia su quello "*acquiring*", un'eventuale limitazione delle forniture da parte di Bancomat nei confronti dei concorrenti di BCC Pay appare

contraria agli interessi stessi del circuito. A ciò si aggiunga che, dato il posizionamento contenuto di BCC Pay nei mercati dell'issuing delle carte di debito e del *wholesale merchant acquiring*, non appare economicamente razionale per Bancomat perseguire strategie industriali tali da discriminare i propri e più importanti clienti a favore di BCC Pay.

26. In secondo luogo, si ravvisa un legame verticale fra i servizi di *issuing* e quelli di *card personalization*, laddove i servizi di fornitura e personalizzazione di carte possono di fatto costituire un *input* per i servizi di *issuing*. Atteso che la quota di mercato di BCC Pay nell'issuing a valle dell'operazione resterà comunque contenuta, in ogni caso inferiore al 15%, e stante la quota trascurabile di BCC Pay nella produzione di carte *smart* (personalizzate e non), sia a livello sovranazionale che nazionale (inferiore rispettivamente all'1% e al 5%), non si ravvisano possibili criticità concorrenziali dal punto di vista di possibili effetti verticali tra i mercati qui in esame.

27. Per tali ragioni, sulla base delle informazioni comunicate, allo stato non si ravvisa la presenza di effetti di natura verticale derivanti dall'operazione in esame tali da consentire a FSI di poter alterare le dinamiche di mercato.

28. Alla luce delle considerazioni suseposte, l'operazione in esame non appare nel suo complesso suscettibile di determinare effetti pregiudizievoli per la concorrenza, non determinando modifiche sostanziali nei mercati interessati.

RITENUTO, pertanto, che l'operazione in esame non ostacola, ai sensi dell'art. 6, comma 1, della legge n. 287/1990, in misura significativa la concorrenza effettiva nei mercati interessati e non comporta la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante;

RITENUTO, altresì, che l'accordo di promozione e collocamento di cui sopra non può essere considerato parte integrante della presente operazione né accessorio alla stessa, e che l'Autorità si riserva di valutarlo, laddove sussistano i presupposti;

DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'art. 16, comma 4, della legge n. 287/1990.

Le conclusioni di cui sopra saranno comunicate, ai sensi dell'art. 16, comma 4, della legge n. 287/1990, alle imprese interessate e al Ministro delle Imprese e del Made in Italy.

Il provvedimento sarà pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Guido Stazi

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1978 - COMUNE DI GAETA (LT) - PROROGA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME CON FINALITÀ TURISTICO RICREATIVE

Roma, 8 marzo 2024

Comune di Gaeta

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione del 5 marzo 2024, ha deliberato di esprimere il proprio parere, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con riferimento alla Deliberazione della Giunta del Comune di Gaeta del 21 dicembre 2023, n. 250, avente a oggetto *"Deliberazione della Giunta comunale nr.179 del 25/09/2023. Differimento della scadenza delle concessioni demaniali turistico-ricreative al 31/12/2024. Aggiornamento"*, trasmessa con una segnalazione pervenuta l'8 gennaio 2024.

Con la suddetta Deliberazione, il Comune ha differito al 31 dicembre 2024 il termine di scadenza delle concessioni demaniali turistico-ricreative in scadenza al 31 dicembre 2023, in applicazione dell'articolo 3 della legge n. 118/2022. A tal fine, nella parte motiva della deliberazione in oggetto, il Comune di Gaeta dà atto dell'obiettivo incertezza determinata dai pronunciamenti giurisprudenziali e dal quadro normativo, della mancanza di criteri oggettivi per la disciplina di eventuali procedure selettive in applicazione della Direttiva 2006/123/CE (c.d. "Direttiva Servizi") e della non scarsità della risorsa.

Al riguardo, l'Autorità intende svolgere le seguenti considerazioni in merito a diversi profili di criticità concorrenziale derivanti dalla Deliberazione n. 250/2023.

Preliminarmente, l'Autorità ritiene necessario ricordare i propri numerosi interventi svolti in tema di concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, volti a censurare sia le proroghe ingiustificate delle concessioni in essere sia le disposizioni contenute nelle procedure selettive avviate per l'assegnazione delle nuove concessioni suscettibili di pregiudicare il corretto confronto concorrenziale¹.

Con precipuo riferimento alle proroghe, l'Autorità ha più volte sottolineato che il continuo ricorso a tale strumento viola i principi della concorrenza nella misura in cui impedisce il confronto

¹ L'Autorità, inoltre, segnala dal 2018 al legislatore l'opportunità di adottare in tempi brevi una normativa relativa alle concessioni balneari che preveda l'immediata selezione dei concessionari in base a principi di concorrenza, imparzialità, trasparenza e pubblicità che garantisca all'amministrazione competente un utilizzo efficiente delle risorse demaniali e un'adeguata remunerazione del bene, tale da consentire il trasferimento di una parte maggiore della risulta alla collettività (cfr. AS1550 - *Concessioni e criticità concorrenziali*, in Bollettino n. 48/2018).

competitivo per il mercato che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento di servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, e favorisce gli effetti distortivi connessi a ingiustificate rendite di posizione attribuite ai concessionari². Nel corso del biennio 2020-2021³, in particolare, l'Autorità ha invitato molteplici amministrazioni comunali a disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento delle determinazioni di proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative per contrasto delle stesse con gli articoli 49 e 56 TFUE⁴ e con l'articolo 12 della Direttiva Servizi⁵. Come noto, infatti, gli Stati membri sono tenuti a conformarsi ai principi e alle disposizioni euromunitarie e, ove la normativa interna confligga con il diritto dell'Unione europea, se ne impone la relativa disapplicazione⁶.

Premesso quanto sopra, nel caso di specie, l'Autorità ritiene che la proroga in favore dei precedenti concessionari, disposta dal Comune di Gaeta con la Deliberazione n. 250/2023, violi le norme richiamate, in quanto elusiva della scadenza al 31 dicembre 2023 del periodo transitorio indicato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e sia, dunque, volta a impedire o, comunque, ritardare l'applicazione della normativa euromunitaria e l'apertura alla concorrenza del mercato delle concessioni demaniali marittime, così impedendo di cogliere i benefici che deriverebbero dall'affidamento attraverso procedure a evidenza pubblica.

Vale sul punto ricordare che, nelle sentenze gemelle del 2021, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁷ ha affermato che, oltre il 31 dicembre 2023, le concessioni demaniali in essere "anche in

² Cfr. AS1730 – *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, in Bollettino n. 13/2021.

³ Cfr., *ex multis*, i casi AS1701 – *Comune di Piossico (Lr) – Concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Bollettino n. 41/2020; AS1720 – *Comune di Giussano (Ta) – Proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Bollettino n. 13/2021. Cfr. anche le segnalazioni adottate con riferimento, *ex multis*, ai casi AS1725 – *Comune di Reggio Calabria – Proroga concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Bollettino n. 12/2021; AS1789 – *Regione Autonoma della Sardegna – Proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Bollettino n. 43/2021.

⁴ Gli articoli 49 e 56 TFUE impongono agli Stati membri l'abolizione delle restrizioni ingiustificate alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, ossia di tutte le misure che vietano, ostacolano o comunque sono idonee a comprimere l'esercizio di tali libertà.

⁵ L'articolo 12 della Direttiva Servizi prevede che "qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della natura delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e, presidia, in particolare, ad adeguato pubblicità dell'atto della procedura e del suo svolgimento e completamento" (par. 1) e che, in tali casi, "l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere il procedimento di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore attuale o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami" (par. 2).

⁶ Da ultimo, proprio in tema di proroghe delle concessioni demaniali marittime nel Comune di Giussano, la Corte di giustizia Ue, con sentenza del 20 aprile 2023, ha affermato: (i) la natura immediatamente esecutiva dell'articolo 12 della Direttiva Servizi, in quanto sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso sia l'obbligo per gli Stati membri di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali (punti 66-67) sia il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività (punti 68-69); (ii) l'obbligo non solo per il giudice ma anche per le amministrazioni dello Stato, comprese quelle comunali, di disapplicare la normativa nazionale contraria a quella dell'Unione (punti 73).

⁷ Si ricorda che l'incompatibilità con l'ordinamento euromunitario della proroga senza confronto competitivo delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative è stata, affrontata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le note sentenze n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021. Con sentenza del 23 novembre 2023, n. 32559, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha cassato con rinvio al Consiglio di Stato la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 18/2021 per diniego o rifiuto di giurisdizione, censurabile dalle SS.UU. ai sensi dell'articolo 111, comma 3, Costituzione. Separatamente, pronunciandosi esclusivamente su uno dei motivi di ricorso proposti dai ricorrenti, le SS.UU. hanno affermato che la sentenza impugnata, nella parte in cui ha rigettato le istanze di intervento dei ricorrenti per cassazione, ha negato in astratto ai ricorrenti la legittimazione a intervenire nel giudizio, senza una valutazione specifica e concreta

assenza di una disciplina legislativa, [...] cessarono di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento U.E." e, pertanto, disapplicabile dal giudice amministrativo e da qualsiasi organo amministrativo.

Più di recente, il Consiglio di Stato ha affermato il "frontale contrasto" della nuova norma contenuta nell'articolo 10-*quater*, comma 3, del decreto legge 29 dicembre 2022, n. 198 convertito con legge 24 febbraio 2023, n. 14, con l'articolo 12 della Direttiva Servizi⁸ e ha chiarito che i principi sanciti dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 17/2021 sono pienamente applicabili e vincolanti, con la conseguenza che le norme nazionali che hanno disposto o che dovessero disporre in futuro la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime sono in contrasto con l'articolo 49 TFUE e con l'articolo 12 della Direttiva Servizi e non devono essere applicate dai giudici né dalla pubblica amministrazione⁹.

Si sottolinea, dunque, come sia il giudice nazionale quanto quello europeo abbiano affermato l'obbligo di procedere con procedure a evidenza pubblica per il rilascio delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, in applicazione dei principi generali a tutela della concorrenza espressi dall'articolo 49 TFUE e dall'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della Direttiva Servizi. A ciò si deve aggiungere l'infondatezza degli argomenti indicati nella Deliberazione n. 250/2023 a sostegno del differimento/proroga delle concessioni.

Innanzitutto, l'Autorità ritiene che l'assenza di una normativa interna di riordino della materia, non impatta sulle procedure a evidenza pubblica che il Comune è tenuto a svolgere o sulle modalità di predisposizione dei bandi. Ciò in quanto i principi che devono ispirare lo svolgimento delle gare e i criteri da utilizzare nella predisposizione dei bandi di gara sono stati puntualmente indicati dal Consiglio di Stato nel 2021, desumendoli dall'articolo 12 della Direttiva Servizi. L'assenza di una organica disciplina legislativa nazionale non può, pertanto, tradursi in un legittimo motivo a sostegno della proroga della durata delle concessioni, tenuto anche conto della circostanza che la delega legislativa prevista all'articolo 4 della legge n. 118/2022 è scaduta senza essere stata esercitata.

In secondo luogo, non appare dirimente il richiamo alla non scarsità della risorsa. Come ricordato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, l'Autorità ritiene che il concetto di scarsità vada

dell'esistenza di posizioni soggettive differenziate qualificabili come interessi legittimi. Le SS.UU. hanno dichiarato assorbiti tutti gli altri motivi di ricorso (compresi quelli con cui si lamentava la violazione dei limiti esenti della giurisdizione, per avere l'Adunanza Plenaria esercitato direttamente poteri legislativi e amministrativi) e rigettato la richiesta di emanare: "i principi di diritto sull'interesse della legge sulle questioni inviate nei residuali motivi assorbiti, sulle quali quest'istituto del Consiglio di Stato pronunciarsi non avrebbe, anche alla luce delle sopravvenute legislative, avendo il Parlamento e il Governo esercitato, accorrendo alla natura impugnata, i poteri legislativi loro spettanti".

⁸ Cfr. Consiglio di Stato, 1° marzo 2023, n. 2192, secondo cui "sulla base di quanto affermato dall'Adunanza Plenaria, con le ricordate sentenze nn. 17 e 18 del 2021, non solo i commi 682 e 683 dell'art. 1 della L. n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell'art. 10-*quater*, comma 3, del D.L. 29/12/2022, n. 198, conv. in L. 24/2/2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all'art. 12 della direttiva n. 2006/12/CE, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato".

⁹ Cfr. Consiglio di Stato, 27 dicembre 2023, n. 11200, in base a quanto si legge nella sentenza "autoché rinvio intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo gli attuali concessionari; non vengono in rilievo i poteri di autotutela decisionale della P.A. in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sanzione legittimo i pretrattamenti di concessione prorogatorie i termini di durata; la non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbono parimenti ritenersi vani, senza che risulti la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l'esistenza di un giudice".

interpretato in termini relativi e non assoluti, tenendo conto non solo della "quantità" del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti. In ogni caso, supponendo per ipotesi l'assenza del requisito della scarsità delle risorse, si deve ritenere, come precisato dalla Commissione europea, che anche in presenza di un sottoinsieme di casi in cui l'articolo 12 della Direttiva Servizi non si potesse ritenere applicabile, sarebbe necessario prendere in considerazione l'articolo 49 TFUE, in linea con la sentenza della Corte di Giustizia *Provincia di Grosseto*¹⁰. Come, infatti, ricordato anche dal Consiglio di Stato, il patrimonio costiero nazionale è certamente oggetto di interesse transfrontaliero (per conformazione, ubicazione geografica, condizioni climatiche e vocazione turistica), esercitando dunque un'indiscutibile capacità attrattiva verso le imprese di altri Stati membri.

Alla luce di quanto rappresentato, l'Autorità ritiene, pertanto, che il Comune di Gaeta avrebbe dovuto disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento della Deliberazione della Giunta Comunale del 21 dicembre 2023, n. 250, per contrasto della stessa con i principi e con la disciplina euro-unitaria richiamati e procedere allo svolgimento delle procedure di gara rispettose dei principi di equità, trasparenza e non discriminazione. Le disposizioni relative al differimento del termine delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative contenute in tale delibera integrano, infatti, specifiche violazioni dei principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento dei servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.

In conclusione, la delibera comunale *de qua* si pone in contrasto con l'articolo 49 TFUE, in quanto limita ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, nonché con le disposizioni normative euro-unitarie in materia di affidamenti pubblici, con particolare riferimento all'articolo 12 della Direttiva Servizi.

Ai sensi dell'articolo 21-bis, comma 2, della legge n. 287/1990 il Comune di Gaeta dovrà comunicare all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere le violazioni della concorrenza sopra esposte. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

¹⁰Corte di Giustizia UE, 14 luglio 2016, *Provincia di Grosseto*, cause riunite C-458/14 e C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558.

Comunicato in merito al mancato adeguamento del Comune di Gaeta al parere motivato espresso dall'Autorità ex articolo 21-bis della legge n. 287/1990, relativo alla Deliberazione della Giunta Comunale del 21 dicembre 2023, n. 250, avente a oggetto "Deliberazione della Giunta comunale nr.179 del 25/09/2023. Differimento della scadenza delle concessioni demaniali turistico-ricreative al 31/12/2024. Aggiornamento"

L'Autorità, il 5 marzo 2024, ha deliberato di rendere un parere motivato al Comune di Gaeta, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge n. 287/1990, in merito alla Deliberazione della Giunta del 21 dicembre 2023, n. 250, avente a oggetto "Deliberazione della Giunta comunale nr.179 del 25/09/2023. Differimento della scadenza delle concessioni demaniali turistico-ricreative al 31/12/2024. Aggiornamento", trasmessa con una segnalazione all'Autorità in data 8 gennaio 2024.

Nel proprio parere, l'Autorità ha ritenuto che il Comune di Gaeta avrebbe dovuto disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento della Deliberazione della Giunta Comunale del 21 dicembre 2023, n. 250, per contrasto della stessa con i principi e con la disciplina euro-unitaria di cui all'art. 49 TFUE e all'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Servizi) e procedere all'espletamento delle procedure di gara rispettose dei principi di equità, trasparenza e non discriminazione. Le disposizioni relative al differimento del termine delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative contenute in tale Deliberazione integrano, infatti, specifiche violazioni dei principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento dei servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.

Il Comune di Gaeta, con comunicazione del 3 maggio 2024, ha ribadito la legittimità del provvedimento oggetto del parere motivato, non condividendo e contestando quanto affermato nel predetto parere.

Pertanto, preso atto del mancato adeguamento dell'Amministrazione comunale al suddetto parere motivato, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria riunione del 21 maggio 2024, ha disposto di impugnare, dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio - Latina, la Deliberazione della Giunta Comunale del 21 dicembre 2023, n. 250, adottata dal Comune di Gaeta e concernente la proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative.

AS1979 - COMUNE DI TRIESTE - PROROGA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME CON FINALITÀ TURISTICO RICREATIVE

Roma, 28 marzo 2024

Comune di Trieste

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione del 26 marzo 2024, ha deliberato di esprimere il proprio parere, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con riferimento alla Deliberazione della Giunta del Comune di Trieste dell'11 dicembre 2023, n. 615, avente a oggetto "Concessioni demaniali con finalità turistico ricreative: linee d'indirizzo. Atto di indirizzo", trasmessa con una segnalazione pervenuta il 5 febbraio 2024.

Con il suddetto provvedimento il Comune ha deliberato di dare atto della proroga delle concessioni balneari con finalità turistico-ricreative e sportive "prevista dall'art. 3 della L. n.118/2022, modificato dal D. Legge. n. 198/2022 convertito con modificazioni dalla L. n. 14 /2023, sino al 31.12.2024 oppure sino al 31.12.2025 qualora vi siano ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2024". Inoltre, il Comune ha deliberato di procedere "nel 2024, attenendosi all'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Servizi), all'indizione di procedimenti a evidenza pubblica nel rispetto dei principi di imparzialità non discriminazione, parità di trattamento, massima partecipazione, trasparenza e adeguata pubblicità".

Al riguardo, l'Autorità intende svolgere le seguenti considerazioni in merito a diversi profili di criticità concorrenziale derivanti dalla proroga disposta dalla Deliberazione n. 615/2023.

Preliminarmente, l'Autorità ritiene necessario ricordare i propri numerosi interventi svolti in tema di concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative volti a censurare sia le proroghe ingiustificate delle concessioni in essere sia le disposizioni contenute nelle procedure selettive avviate per l'assegnazione delle nuove concessioni suscettibili di pregiudicare il corretto confronto concorrenziale¹.

Con precipuo riferimento alle proroghe, l'Autorità ha più volte sottolineato che il continuo ricorso a tale strumento violi i principi della concorrenza nella misura in cui impedisce il confronto competitivo per il mercato, che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento di servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, e favorisce gli effetti distortivi connessi a ingiustificate

¹ L'Autorità, inoltre, segnala dal 2018 l'opportunità di adottare in tempi brevi una normativa relativa alle concessioni balneari che preveda l'immediata selezione dei concessionari in base ai principi di concorrenza, imparzialità, trasparenza e pubblicità che garantisca all'amministrazione competente un utilizzo efficiente delle risorse demaniali e un'adeguata remunerazione del bene, tale da consentire il trasferimento di una parte maggiore della rendita alla collettività (cfr. AS1550 - Concessioni e criticità concorrenziali, in Bollettino n. 48/2018).

rendite di posizione attribuite ai concessionari². Nel corso del biennio 2020-2021³, in particolare, l'Autorità ha invitato molteplici amministrazioni comunali a disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento delle determinazioni di proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative per contrasto delle stesse con gli articoli 49 e 56 TFUE⁴ e con l'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. "Direttiva Servizi")⁵. Come noto, infatti, gli Stati membri sono tenuti a conformarsi ai principi e alle disposizioni comunitari e, ove la normativa interna confligga con il diritto dell'Unione europea, se ne impone la relativa disapplicazione⁶.

Nel 2021, l'Autorità è intervenuta anche per contestare la decisione di prorogare la concessione relativa alle aree demaniali afferenti a un porto turistico, in quanto disposta in violazione degli articoli 49 e 56 TFUE e dell'articolo 12 della Direttiva Servizi⁷.

Premesso quanto sopra, nel caso di specie, l'Autorità ritiene che la proroga in favore dei precedenti concessionari disposta dal Comune di Trieste con la Deliberazione n. 615/2023 violi le norme richiamate, in quanto elusiva della scadenza al 31 dicembre 2023 del periodo transitorio indicato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e, dunque, volta a impedire, o comunque ritardare, l'applicazione della normativa comunitaria e l'apertura alla concorrenza del mercato delle concessioni demaniali marittime, così impedendo di cogliere i benefici che deriverebbero dall'affidamento attraverso procedure a evidenza pubblica. A ciò si deve aggiungere l'infondatezza degli argomenti indicati nella Deliberazione n. 615/2023 a sostegno della proroga delle concessioni. Vale sul punto ricordare che, nelle sentenze gemelle del 2021, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁸ ha affermato che, oltre il 31 dicembre 2023, le concessioni demaniali in essere "anche in

² Cf. ASI 730 - *Proposte di riforma concorsuale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, in Bollettino n. 13/2021.

³ Cf., *ex multis*, le segnalazioni ASI 701 - *Comune di Pinerolo (LI) - Concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Bollettino n. 41/2020; ASI 729 - *Comune di Genova (GE) - Proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Bollettino n. 13/2021. Cf. anche le segnalazioni, *ex multis*, ASI 725 - *Comune di Reggio Calabria - Proroga concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Bollettino n. 12/2021; ASI 799 - *Regione Autonoma della Sardegna - Proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Bollettino n. 43/2021.

⁴ Gli articoli 49 e 56 TFUE impongono agli Stati membri l'abolizione delle restrizioni ingiustificate alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, ossia di tutte le misure che vengano, ostacolo o comunque sono idonee a compromettere l'esercizio di tali libertà.

⁵ L'articolo 12 della c.d. Direttiva Servizi prevede che "qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della capacità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e proceda, in particolare, ad adeguata pubblicità dell'atto della procedura e del suo svolgimento e completamento" (par. 1) e che, in tal caso, "l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al proponente attuale o a persone che con tale proponente abbiano particolari legami" (par. 2).

⁶ Di ultimo, proprio in tema di proroghe delle concessioni demaniali marittime, la Corte di giustizia UE, con sentenza del 20 aprile 2023, AGCM (Comune di Genova), C-348/2022, ECLI:EU:C:2023:301, ha affermato: (i) la natura immediatamente esecutiva dell'articolo 12 della Direttiva Servizi, in quanto sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso sia l'obbligo per gli Stati membri di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali (punti 66-67) sia il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività (punti 68-69); (ii) l'obbligo non solo per il giudice ma anche per le amministrazioni dello Stato, comprese quelle comunali, di disapplicare la normativa nazionale contrastante con quella dell'Unione (punto 73).

⁷ Cf. ASI 779 - *Comune di Castiglione della Pescaia (GR) - Concessione demaniale marittima per il porto turistico Porto Azzurro*, in Bollettino n. 33/2021.

⁸ Si ricorda che l'incompatibilità, con l'ordinamento comunitario, della proroga senza confronto competitivo delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative è stata affrontata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di

assenza di una disciplina legislativa, [...] cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento U.E." e, pertanto, disapplicabile dal giudice amministrativo e da qualsiasi organo amministrativo.

Più di recente, il Consiglio di Stato ha affermato il "frontale contrasto" della nuova norma contenuta nell'articolo 10-*quater*, comma 3, del decreto legge 29 dicembre 2022, n. 198 convertito con legge 24 febbraio 2023, n. 14, con l'articolo 12 della Direttiva Servizi⁹ e ha chiarito che i principi sanciti dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 17/2021 sono pienamente applicabili e vincolanti, con la conseguenza che le norme nazionali che hanno disposto o che dovessero disporre in futuro la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime sono in contrasto con l'articolo 49 TFUE e con l'articolo 12 della Direttiva Servizi e non devono essere applicate dai giudici né dalla pubblica amministrazione¹⁰.

Si sottolinea, dunque, come sia il giudice nazionale quanto quello europeo abbiano affermato l'obbligo di procedere con procedure a evidenza pubblica per il rilascio delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, in applicazione dei principi generali a tutela della concorrenza espressi dall'articolo 49 TFUE e dall'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della Direttiva Servizi. Inoltre, l'Autorità ritiene che, pur in assenza di una normativa interna di riordino della materia, i principi che devono ispirare lo svolgimento delle gare e i criteri da utilizzare nella predisposizione dei bandi di gara siano stati puntualmente indicati dal Consiglio di Stato nel 2021, desumendoli dall'articolo 12 della Direttiva Servizi. L'assenza di una organica disciplina legislativa nazionale non può, pertanto, tradursi in un legittimo motivo a sostegno della proroga della durata delle concessioni, tenuto anche conto della circostanza che la delega legislativa prevista all'articolo 4 della legge n. 118/2022 è scaduta senza essere stata esercitata.

Stato con le note sentenze n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021. Con sentenza del 23 novembre 2023, n. 32559, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha cassato con rinvio al Consiglio di Stato la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 18/2021 per difetto o rifiuto di giurisdizione, censurabile dalle SS.UU. ai sensi dell'articolo 111, comma 8, Costituzione. Segnatamente, pronunciandosi esclusivamente su uno dei motivi di ricorso proposto dai ricorrenti, le SS.UU. hanno affermato che la sentenza impugnata, nella parte in cui ha rigettato le istanze di intervento dei ricorrenti per cassazione, ha negato in astratto ai ricorrenti la legittimazione a intervenire nel giudizio, senza una valutazione specifica e concreta dell'esistenza di posizioni soggettive differenziate qualificabili come interessi legittimi. Le SS.UU. hanno dichiarato insussistenti tutti gli altri motivi di ricorso (compresi quelli con cui si lamentava la violazione dei limiti esterni della giurisdizione, per avere l'Adunanza Plenaria esercitato direttamente poteri legislativi e amministrativi) e rigettato la richiesta di enunciare "i principi di diritto sull'interesse della legge nelle questioni trattate nei ricorsi avanti accorsi, sulle quali spettava al Consiglio di Stato pronunciarsi suoneramente, anche alla luce delle sopravvenute legislative, avendo il Parlamento e il Governo esercitato, successivamente alla sentenza impugnata, i poteri legislativi loro spettanti".

⁹ Cfr. Consiglio di Stato, 1° marzo 2023, n. 2192, secondo cui "alla luce di quanto affermato dall'Adunanza Plenaria, con le ricorrate sentenze nn. 17 e 18 del 2021, una volta i commi 602 e 603 dell'art. 1 della L. n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell'art. 10-*quater*, comma 3, del D.L. 29/12/2022, n. 198, conv. in L. 24/2/2023, n. 14 che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e in conseguenza, disapplicata di qualunque organo dello Stato".

¹⁰ Cfr. Consiglio di Stato, 27 dicembre 2023, n. 11260, la base a cui si legge nella sentenza "ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo gli attuali concessionari: non vengono in rilievo i poteri di inaspettata decadenza della P.A. in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sentenza legittimo (provvedimento di concretizzazione prerogative) i termini di durata; la non applicazione della legge applica, quindi, che gli effetti di essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano ritenersi inattuati in ogni caso, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l'esistenza di un giudicato".

Pertanto, il Comune di Trieste, piuttosto che ricorrere al differimento delle concessioni, avrebbe dovuto procedere, in attuazione dei citati principi concorrenziali, alla disapplicazione della normativa nazionale in contrasto con il diritto unionale e all'indizione di procedure di gara finalizzate a nuovi affidamenti delle concessioni venute a scadenza.

Diversamente, nel caso di specie, non solo il Comune non ha avviato le procedure selettive per l'assegnazione delle nuove concessioni, ma, al contrario, nella parte dispositiva della Deliberazione prospetta la possibilità di prorogare ulteriormente (*"rinvio al 31.12.2025"*) la durata delle concessioni esistenti alla luce di quanto disposto dall'articolo 3, comma 3, della legge n. 118/2022. Al riguardo, l'Autorità ritiene necessario evidenziare che la norma in questione circoscrive la possibilità di differire ulteriormente la durata delle concessioni a ipotesi del tutto eccezionali connesse a specifiche circostanze che impediscono la conclusione della procedura selettiva. Trattandosi di una norma derogatoria, il comma 3 dell'articolo 3 non può che essere interpretato restrittivamente. Affinché la norma possa trovare applicazione, dunque, è necessario che la procedura selettiva sia stata avviata e che sussistano ragioni oggettive che impediscano la conclusione della procedura e che siano legate all'espletamento della procedura stessa. Solo in presenza di tali circostanze è legittimo ritenere che il termine di scadenza delle concessioni possa essere differito per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura. Ne deriva che tale disposizione non può essere posta a fondamento di una proroga generalizzata di tutte le concessioni in essere in uno specifico Comune, vieppiù nel caso in cui nessun tipo di procedura selettiva è avviata dal Comune.

Alla luce di quanto rappresentato, l'Autorità ritiene che il Comune di Trieste avrebbe dovuto disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento della Deliberazione della Giunta Comunale dell'11 dicembre 2023, n. 615, per contrasto della stessa con i principi e con la disciplina euro-unitaria richiamati e procedere allo svolgimento delle procedure di gara rispettose dei principi di equità, trasparenza e non discriminazione. Le disposizioni relative al differimento del termine delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative contenute in tale delibera integrano, infatti, specifiche violazioni dei principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento dei servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.

In conclusione, la Deliberazione comunale *de qua* si pone in contrasto con l'articolo 49 TFUE, in quanto limita ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, nonché con le disposizioni normative euro-unitarie in materia di affidamenti pubblici, con particolare riferimento all'articolo 12 della Direttiva Servizi.

Ai sensi dell'articolo 21-bis, comma 2, della legge n. 287/1990 il Comune di Trieste dovrà comunicare all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere le violazioni della concorrenza esposte. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

Comunicato in merito alla decisione dell'Autorità di non presentare ricorso ex articolo 21-bis della legge n. 287/1990 avverso la Delibera della Giunta del Comune di Trieste dell'11 dicembre 2023, n. 615, avente a oggetto "Concessioni demaniali con finalità turistico ricreative: linee d'indirizzo. Atto di indirizzo"

L'Autorità, il 26 marzo 2024, ha deliberato di rendere un parere motivato al Comune di Trieste ai sensi dell'articolo 21-bis della legge n. 287/1990, in merito alla Delibera della Giunta del Comune dell'11 dicembre 2023, n. 615, avente a oggetto "Concessioni demaniali con finalità turistico ricreative: linee d'indirizzo. Atto di indirizzo", trasmessa all'Autorità con una segnalazione del 5 febbraio 2024.

Nel proprio parere, l'Autorità ha ritenuto che il Comune di Trieste avrebbe dovuto disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento della Delibera della Giunta Comunale dell'11 dicembre 2023, n. 615, per contrasto con i principi e con la disciplina euro-unitaria di cui all'articolo 49 TFUE e all'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Servizi) e procedere all'espletamento delle procedure di gara rispettose dei principi di equità, trasparenza e non discriminazione. Le disposizioni relative al differimento del termine delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative contenute in tale Deliberazione integrano, infatti, specifiche violazioni dei principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento dei servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.

Il 22 maggio 2024, il Comune di Trieste ha fornito riscontro al parere motivato, inviando la Delibera della Giunta comunale del 20 maggio 2024, n. 235, avente a oggetto "Concessioni demaniali con finalità turistico ricreative: deliberazione giuntale n. 615/2023 - linee di indirizzo. Parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e adempimenti conseguenti". Con tale Delibera, al fine di conformarsi alle indicazioni espresse dall'Autorità, il Comune di Trieste precisa la natura "tecnica" della proroga disposta dalla precedente deliberazione n. 615/2023, dà conto di tutte le attività intraprese dopo l'adozione della Deliberazione n. 615/2023 e afferma l'intenzione di avviare le procedure di gara finalizzate ai nuovi affidamenti delle concessioni. A tal fine, nella nuova deliberazione n. 235/2024 viene fornito un cronoprogramma per lo svolgimento delle procedure selettive da avviare nel 2024 e concludere, con l'aggiudicazione, entro il 15 dicembre 2024. Le nuove concessioni avranno decorrenza dal 1° gennaio 2025.

Pertanto, preso atto delle iniziative assunte dal Comune di Trieste, nella riunione del 4 giugno 2024, l'Autorità ha deliberato di non proporre ricorso al TAR per il Friuli Venezia Giulia contro il provvedimento in oggetto.

AS1980 – REGIONE PUGLIA – SERVIZIO IDRICO INTEGRATO

Roma, 23 maggio 2024

Ministro per gli Affari Regionali e le
Autonomie

L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 21 maggio 2024, ha deliberato di svolgere le seguenti osservazioni ai sensi dell’articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, in merito alle disposizioni della legge della Regione Puglia del 28 marzo 2024, n. 14, recante “*Disposizione per la gestione unitaria ed efficiente delle funzioni afferenti al Servizio idrico integrato*”, pubblicata sul Bollettino Ufficiale della Regione Puglia n. 27 del 2 aprile 2024.

La legge regionale n. 14/2024 ha a oggetto la disciplina di incentivi ai Comuni pugliesi per la costituzione di “*una società per azioni, denominata Società veicolo, a totale partecipazione pubblica e a controllo analogo congiunto di tutti i comuni ricadenti nel territorio regionale, da esercitare indipendentemente dalla partecipazione al capitale sociale*”. La finalità dichiarata (articolo 1) è quella di assicurare l’esercizio unitario ed efficiente delle funzioni comunali afferenti alla gestione del servizio idrico integrato (di seguito anche “SII”) nell’ambito territoriale unico regionale, nonché di creare le condizioni per l’individuazione, da parte dell’Autorità Idrica Pugliese nell’esercizio delle proprie competenze, delle modalità di affidamento del servizio idrico integrato che ritiene più opportuna, tra quelle previste dal d.lgs. n. 201/2022 e dal d.lgs. n. 152/2006, recante il Testo Unico Ambientale (di seguito “TUA”).

L’Autorità ritiene che la legge regionale in questione presenti alcune criticità di natura concorrenziale.

In particolare, la costituzione della società veicolo partecipata e assoggettata al controllo analogo dei Comuni pugliesi, nonostante sia stata formalmente prevista “*con la finalità di creare le condizioni per l’individuazione [...] delle modalità di affidamento del SII*” da parte dell’ente di governo, sembra piuttosto rispondere alla sostanziale finalità di creare le condizioni per l’individuazione della modalità *in house* di affidamento del servizio idrico integrato in favore della medesima società veicolo e, quindi, della società Acquedotto Pugliese S.p.A.

A tale riguardo, occorre preliminarmente ricordare che - come costantemente affermato dalla giurisprudenza costituzionale¹ - la disciplina concernente l’affidamento del servizio idrico integrato attiene alle materie della tutela della concorrenza e della tutela dell’ambiente, riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (*ex* articolo 117, comma 2, lettere e) ed s), della Costituzione). In questo contesto, la legge regionale deve limitarsi a individuare l’ente o il soggetto

¹ *Ex plurimis*, sentenze nn. 119/2022, 93/2017, 180/2016, 187/2011, 128/2011, 325/2010, 142/2010, 303/2009, 246/2009.

preposto a deliberare la forma di gestione del servizio idrico integrato e ad aggiudicare la gestione di detto servizio, ma non dovrebbe direttamente provvedere all'esercizio di tali funzioni, neanche preconstituendone le condizioni, come nel caso della legge regionale in esame.

Sotto un profilo più prettamente concorrenziale, la partecipazione della Regione Puglia al capitale sociale di Acquedotto Pugliese S.p.A. – possibile soggetto affidatario del servizio idrico integrato – appare in contrasto con la normativa di cui al d.lgs. n. 175/2016, recante il *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica* (di seguito "TUSPP") e pone dubbi circa la sussistenza dei requisiti previsti dalla normativa nazionale per la forma di gestione *in house*.

In particolare, l'assetto azionario di Acquedotto Pugliese S.p.A., anche a seguito della cessione di porzione dello stesso alla società veicolo e indirettamente ai Comuni, continuerà a essere caratterizzato dalla presenza preponderante della Regione Puglia che, tuttavia, non è il soggetto competente all'organizzazione e alla gestione del servizio idrico integrato². Infatti, al completamento dell'operazione di costituzione della società veicolo, si prevede che una quota massima del 20% del capitale sociale di Acquedotto Pugliese S.p.A. sarà detenuta dalla stessa società veicolo (e, quindi, indirettamente dai Comuni pugliesi), mentre la restante quota dell'80% rimarrà in capo alla Regione Puglia³.

Conformemente a quanto già espresso in diversi precedenti⁴, l'Autorità ritiene che la partecipazione della Regione al capitale sociale del gestore del servizio idrico integrato sia idonea a violare una serie di disposizioni nazionali a carattere concorrenziale, in particolare: (i) l'articolo 4, comma 1, del TUSPP⁵, il quale stabilisce che le amministrazioni pubbliche possono costituire, acquisire o mantenere partecipazioni esclusivamente in società che abbiano per oggetto la produzione di beni o servizi strettamente necessari per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, circostanza che non si riscontra nel caso in esame; (ii) l'articolo 16, comma 3, del medesimo TUSPP, secondo cui la società *in house* deve realizzare oltre l'80% del proprio fatturato nello svolgimento dei compiti a essa affidati dagli enti pubblici soci, e non, dunque, nei confronti di soggetti che non dispongono di competenze di gestione dei servizi svolti; (iii) l'articolo 149-bis, comma 1, del TUA, in base al quale l'affidamento diretto del servizio idrico integrato può avvenire a favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale.

² Si ricorda che, in base al TUA, il servizio idrico integrato è organizzato sulla base degli Ambiti Territoriali Ottimali (di seguito anche "ATO"), definiti dalle Regioni, e la relativa organizzazione – dalla scelta della forma di gestione, al conseguente affidamento del servizio – è delegata agli enti di governo degli ambiti, cui partecipano obbligatoriamente gli enti locali ricadenti nel medesimo ATO (cfr. articoli 147 e 149-bis del TUA). Nella Regione Puglia, l'ATO è costituito dall'intero territorio regionale (cfr. articolo 2, legge regionale n. 28/1999 e ss.mm.) e il relativo ente di governo dell'ambito è l'Autorità Idrica Pugliese, istituita dall'articolo 1, legge regionale n. 9/2011.

³ Ex articolo 4 della legge regionale n. 14/2024: "A seguito della costituzione della Società veicolo [...] la Regione avvierà il trasferimento graduale a titolo gratuito, nella misura massima del 20 per cento, delle azioni di Acquedotto Pugliese S.p.A. in favore dei comuni aderenti, in proporzione alla consistenza delle infrastrutture destinate alla gestione del SII, come riportata nell'allegato A, ciascuna comune aderente si impegna a trasferire le suddette azioni alla Società veicolo entro trenta giorni dall'acquisizione, pena la decadenza dall'adesione".

⁴ Cfr., ex aliter, AS1908 – Agenzia Territoriale della Regione Puglia per il Servizio di Gestione dei Rifiuti – Acquisizione quote capitale sociale Anso del 5 maggio 2023, in Bollettino n. 32/2023; AS1953 – Ente di Governo dell'Arbore della Svalfione – Ricostituzione SPL 2023 del 29 febbraio 2024, in Bollettino n. 11/2024.

⁵ Il TUSPP prevede espressamente, tra le proprie finalità, anche la "tutela e promozione della concorrenza e del mercato" (articolo 1, comma 2, del TUSPP).

Peraltro, detta normativa regionale inciderebbe sull'assetto societario di Acquedotto Pugliese S.p.A., società per azioni costituita con legge statale in base alla quale il capitale sociale deve essere interamente detenuto dalla Regione (articolo 4, del d.lgs. n. 141/1999) e l'oggetto sociale includere espressamente la "gestione del ciclo integrato dell'acqua" (articolo 2, comma 1, del d.lgs. n. 141/1999).

Inoltre, l'Autorità manifesta perplessità sulla sussistenza del requisito del controllo analogo congiunto sulla società veicolo, dal momento che la legge regionale in esame prevede che tale controllo sia esercitato anche dai Comuni non aderenti al capitale della società, per il tramite del Comitato di coordinamento e controllo⁶.

In proposito, si fa presente che la stessa nozione di controllo analogo congiunto presuppone la detenzione di una partecipazione – pur anche minima – nel capitale della società sulla quale si esercita il controllo e, dunque, la qualifica di socio. Come noto, secondo la giurisprudenza comunitaria e nazionale maggioritaria in materia di società *in house* e controllo analogo congiunto, sussiste la necessità che detto controllo analogo si espliciti sotto forma di partecipazione sia al capitale, sia agli organi direttivi dell'organismo controllato, essendo necessario che il singolo socio possa vantare una posizione idonea, per quanto minoritaria, a garantirgli una possibilità effettiva di partecipazione alla gestione dell'organismo del quale è parte⁷. Per tale ragione, una presenza puramente formale nella compagine partecipata o in un organo comune incaricato della direzione della stessa non risulterebbe sufficiente ad assicurare il controllo analogo.

In definitiva, l'Autorità ritiene che, per le ragioni sopra esposte, la legge della Regione Puglia n. 14/2024 presenti profili di incostituzionalità, per violazione dell'articolo 117, comma 2, lettere e) e s), della Costituzione, oltre a porsi in contrasto con la normativa primaria posta a presidio della concorrenza.

⁶ Ex articolo 5 della legge regionale n. 14/2024: "Tutti i Comuni pugliesi, anche non aderenti, sono titolari dei poteri di indirizzo, coordinamento, controllo e supervisione agli obiettivi strategici e sulle decisioni più significative della Società veicolo e li esercitano congiuntamente. Nel caso in cui alla data del 30 giugno 2025 non tutti i comuni pugliesi abbiano aderito alla Società veicolo, i suddetti poteri sono esercitati tramite il Comitato di coordinamento e controllo [...]". Il Comitato di cui al comma 1, è costituito nel caso previsto, sulla base di un atto di convocazione [...], ai fini dell'esercizio congiunto delle funzioni del controllo analogo".

Ex articolo 7 della legge regionale n. 14/2024: "Il Comitato esercita le funzioni di indirizzo e controllo di tipo preventivo, consultativo e recessivo sulla società veicolo e in particolare sulle seguenti decisioni:

(a) nomina e revoca dell'amministratore unico/consulente e del direttore generale;

(b) approvazione e modifica dello Statuto, oppure di ogni atto riservato ai soci;

(c) approvazione dell'atto di organizzazione;

(d) approvazione della proposta di piano strategico e industriale;

(e) approvazione del bilancio;

(f) aumento o riduzione del capitale;

(g) decisioni significative inerenti alla partecipazione e al controllo da parte della Società veicolo in Acquedotto Pugliese S.p.A."

⁷ Cfr., ex multis, Corte di Giustizia, sentenza del 29 novembre 2012, cause riunite C-182/11 e C-183/11; *Id.*, sentenza del 16 settembre 2009, causa C-573/07; *Id.*, sentenza del 13 novembre 2008, causa C-334/07; Cons. St., Sez. V, 20 aprile 2024, n. 1671; *Id.*, Sez. IV, 4 aprile 2023, n. 3494; *Id.*, Sez. V, 30 aprile 2018, n. 2599; *Id.*, Sez. III, 27 aprile 2015, n. 2154.

Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

AS1981 – PROVINCIA DI FROSINONE – CONCESSIONE DERIVAZIONI IDROELETTRICHE

Roma, 27 maggio 2024

Provincia di Frosinone

Codesto Ente locale ha chiesto a questa Autorità un parere in merito all'individuazione della corretta procedura per il rinnovo di concessioni a derivare acque pubbliche ad uso idroelettrico inerenti impianti (centrali idroelettriche) di piccola derivazione. In particolare sono stati sottoposti i seguenti tre quesiti:

i. se l'iter istruttorio a cui deve essere sottoposto il rinnovo di concessione a derivare acque pubbliche inerenti agli impianti (centrali idroelettriche) di piccola derivazione di competenza della Provincia di Frosinone debba assicurare la trasparenza e la concorrenzialità con conseguente necessaria applicazione di apposite procedure anche semplificate di evidenza pubblica;

ii. se l'iter istruttorio a cui deve essere sottoposto il rinnovo di concessione a derivare acque pubbliche inerenti a tali impianti possa essere assimilato e in che termini a quello stabilito dalla Regione Lazio mediante la Legge Regionale n. 20/2023¹, sebbene la stessa si riferisca alle grandi derivazioni idroelettriche;

iii. se la suddetta concorrenzialità e la trasparenza con conseguente necessaria applicazione di apposite procedure di evidenza pubblica debbano essere applicate anche a istanze di rinnovo pervenute molti anni addietro, ma comunque dopo il 2006 e non concluse a causa di carenza di personale dovuta all'attuazione della legge 7 aprile 2014, n. 56 (c.d. legge Delrio).

Al riguardo, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 21 maggio 2024, ha ritenuto di svolgere le seguenti osservazioni.

Come già argomentato nel parere AS1722 adottato il 16 febbraio 2021 "Rinnovi automatici di concessioni per piccole derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico"², a livello nazionale le procedure di assegnazione delle concessioni per piccole derivazioni idroelettriche in scadenza prevedono un automatico rinnovo al concessionario *incumbent*, su sua richiesta, in conformità con quanto previsto dal Regio decreto n. 1775 del 1933 "Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici" (detto anche Testo Unico delle Acque o TU Acque). Quest'ultimo, infatti, con espreso riguardo al rinnovo delle concessioni di piccole derivazioni di cui all'articolo 30 rinvia alle disposizioni all'articolo 28, il quale prevede che "qualora al termine della concessione persistano i

¹ "Disposizioni in materia di concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico in attuazione dell'articolo 12 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 (Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica) e sue successive modifiche. Legge regionale di adeguamento agli obblighi europei".

² Bollettino n. 10/2021.

fini della derivazione e non ostino superiori ragioni di pubblico interesse, al concessionario è rinnovata la concessione, con quelle modificazioni che, per le variate condizioni dei luoghi e del corso d'acqua si rendessero necessarie”.

A livello regionale, poi, si era constatato che, in alcuni casi, sono previste normative *ad hoc* sulla materia che alternativamente (i) rinviano alla procedura prevista dai richiamati articoli 28 e 30 del T.U. delle Acque e ss. mm. ii. (ii) o prevedono una procedura *ad hoc* che comunque attribuisce al concessionario *incumbent* il diritto al rinnovo al verificarsi di determinate condizioni, su sua richiesta e in assenza di confronto competitivo. In altri casi, infine, non esiste una normativa specifica, come nel caso della Regione Lazio, e devono intendersi comunque applicabili, all'occorrenza, le norme del Testo Unico delle Acque sopra richiamate³.

L'Autorità, nel parere del 2021, aveva sul punto osservato che tale disciplina non appare conforme ai principi comunitari in materia di attribuzione di titoli per l'esercizio di attività economiche i quali, in ragione della scarsità delle risorse che utilizzano, sono per definizione in numero limitato, e per tale motivo richiedono l'adozione di modalità concorrenziali per la loro assegnazione nonché per i rinnovi⁴.

Ai sensi dell'articolo 12 della Direttiva *Bolkenstein* (Direttiva servizi 2006/123/CE), infatti: *“Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. [...] Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami”.* In senso conforme a quanto prescritto dalla direttiva erano state altresì menzionate ulteriori posizioni espresse dal Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche (anche TSAP), dalla Corte di Cassazione e dalla Corte Costituzionale italiane che indicavano la necessità del ricorso a una procedura competitiva e, quindi, l'illegittimità di un rinnovo automatico delle concessioni alla loro scadenza, anche alla luce della natura *self-executing* della Direttiva *Bolkenstein*.

Pertanto, l'Autorità aveva concluso che *“il quadro normativo nazionale e regionale vigente, non prevedendo, in sede di richiesta di rinnovo delle concessioni per piccole derivazioni idroelettriche, la possibilità per i terzi di avanzare una domanda per lo sfruttamento del medesimo corso d'acqua con un progetto diverso e in concorrenza con quello esistente, risulta in violazione del diritto comunitario in materia di prestazione di servizi nonché del diritto comunitario ed nazionale in materia di concorrenza”* e aveva invitato il legislatore nazionale e i legislatori regionali a intervenire in maniera da abrogare le disposizioni normative contrarie e introdurre una disciplina

³ La legge n. 53 dell'11 dicembre 1998 della regione Lazio *“Organizzazione regionale della difesa del suolo in applicazione della legge 18 maggio 1989 n. 183”* all'art. 9 delega alle Province, tra le altre, le funzioni relative allo studio, all'uso ed alla valorizzazione delle risorse idriche, con esclusione delle funzioni riservate alla Regione ai sensi dell'articolo 8, comma 3. Sono delegate alle Province, in particolare, le funzioni concernenti le concessioni di piccole derivazioni per l'utilizzazione di acque pubbliche.

⁴ In tal senso, la gestione di centrali idroelettriche per la generazione di energia costituisce un'attività economica di prestazione di un servizio ai sensi dell'art. 57 del Trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE) cui sono applicabili in via generale anche i principi in materia di libertà di stabilimento di cui all'art. 49 dello stesso TFUE e più specificamente, i principi di cui alla Direttiva servizi 2006/123/CE (cd. Direttiva *Bolkenstein*).

dell'affidamento delle concessioni per piccole derivazioni idroelettriche che conferisse certezza agli operatori in ordine alla procedura applicabile, circostanza non garantita dalla mera disapplicazione delle disposizioni incompatibili.

L'affidamento tramite procedura competitiva, del resto, soddisfa non soltanto l'interesse dei potenziali partecipanti ad un confronto equo e non discriminatorio ma costituisce, ancor prima, interesse della stessa amministrazione concedente, dal momento che le consente di scegliere, ad ogni scadenza, quello che tra più progetti presenti le migliori caratteristiche in termini di innovazione, efficienza, compatibilità ambientale etc.

L'Autorità aveva, in tale occasione, sottolineato che le discipline *ad hoc* oggetto di previsione, "pur tenendo eventualmente conto della possibilità di procedure semplificate nei casi di concessioni di potenza nominale media annua della concessione particolarmente ridotta, risultino comunque conformi ai principi di massima contenibilità delle concessioni di piccole derivazioni idroelettriche al momento della loro scadenza, e dunque siano trasparenti, aperte e non discriminatorie", evitando, in ogni caso, la previsione di misure che possano impropriamente avvantaggiare il gestore uscente e garantendo la sterilizzazione di potenziali conflitti di interessi fra ente concedente e soggetto concessionario, non infrequenti in questo settore.

Rispetto alla situazione prospettata nel caso in esame dalla Provincia di Frosinone, l'Autorità, alla luce dei principi appena illustrati, ritiene che la Provincia debba correttamente espletare, in sede di rinnovo di concessioni idroelettriche scadute o in scadenza, una procedura equa, trasparente e non discriminatoria che consenta a tutti i potenziali operatori concorrenti di partecipare a parità di condizioni, corrispondentemente disapplicando le norme del Testo Unico delle Acque che dispongono il rinnovo automatico.

Riguardo al quesito sub (ii) *supra* l'Autorità ritiene, in assenza di una positiva disciplina della materia da parte del legislatore regionale, che la procedura prevista dalla Regione Lazio per l'assegnazione di concessioni relative a grandi derivazioni idroelettriche (Legge Regionale n. 20/2023) sia senz'altro un utile riferimento per l'indizione di una procedura equa, trasparente e competitiva per il caso in esame, in particolare per quanto riguarda il CAPO II (*Procedure e modalità di assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico*). A tale procedura potranno, se del caso, essere apportate le modifiche che l'Amministrazione ritenga opportune per tenere conto della diversa potenza e complessità degli impianti messi a gara, nonché della durata della concessione che deve essere improntata a criteri economici (legati all'effettivo recupero degli investimenti e agli altri criteri eventualmente rilevanti e verificabili *ex ante*, sulla base dei quali i bandi di gara definiranno l'esatta durata delle concessioni), compatibilmente con i termini di durata massima previsti dal legislatore.

Tale possibilità non esclude, tuttavia, che l'Amministrazione decida, proprio per l'assenza di una disciplina *ad hoc*, di seguire una procedura diversa rispetto a quella disposta per le grandi derivazioni idroelettriche dalla legge della Regione Lazio n. 20/2023, purché compatibile con i principi dell'articolo 12 della direttiva *Bolkenstein* e, cioè, assicuri "garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento".

Quanto, infine, al terzo quesito sub (iii) *supra*, vertente sull'opportunità di applicare le eventuali procedure competitive anche a istanze di rinnovo presentate molti anni addietro (a partire dal 2014, successive comunque all'adozione della direttiva *Bolkenstein*), ma non evase per mancanza di

risorse di personale da parte della Provincia di Frosinone, l'Autorità ritiene che i principi applicabili alle procedure di assegnazione (o di rinnovo) di concessioni per derivazioni idroelettriche che devono ancora essere espletate, debbano seguire i principi attualmente vigenti. Al riguardo si fa presente che, a partire dall'adozione della direttiva *Bolkenstein*, vi è sempre stato un obbligo di confronto competitivo tra potenziali interessati ed è stato, correlativamente, vietato il rinnovo automatico laddove si trattasse, come nel caso in esame, di un numero limitato di autorizzazioni disponibili per via della scarsità di risorse naturali. Per tale ragione non pare potersi configurare alcun legittimo affidamento in capo alle imprese *incumbent*, neanche alla luce della normativa vigente al momento della presentazione delle più risalenti tra le domande di rinnovo prospettate da codesta amministrazione.

Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

PS12566 - META-PROBLEMATICHE ACCOUNT INSTAGRAM E FACEBOOK
Provvedimento n. 31214

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 21 maggio 2024;

SENTITA la Relatrice, Professoressa Elisabetta Iossa;

VISTA la Parte II, Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 e successive modificazioni (di seguito, Codice del consumo);

VISTO il "Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie" (di seguito, Regolamento), adottato dall'Autorità con delibera del 1° aprile 2015, n. 25411;

VISTI i propri provvedimenti del 10 ottobre 2023, 28 novembre 2023 e del 5 marzo 2024, con i quali, ai sensi dell'articolo 7, comma 3, del Regolamento sono state disposte le proroghe del termine di conclusione del procedimento;

VISTI gli atti del procedimento

I. LA PARTE

1. Meta Platforms Inc. e Meta Platforms Ireland Ltd. (di seguito, anche congiuntamente "Meta", "la Parte", "il Professionista"), rispettivamente capogruppo e società operativa a livello europeo, in qualità di Professionista, ai sensi dell'articolo 18, lett. b), del Codice del consumo, aventi sede legale la prima negli Stati Uniti d'America e la seconda nella Repubblica d'Irlanda.

Il Professionista è il fornitore dei due servizi di *social media* Facebook e Instagram¹.

2. Il fatturato consolidato di Meta Platforms Inc., al 31 dicembre 2023, risulta pari a 122,23 miliardi di euro (fonte SEC², sulla base del tasso di cambio euro/dollaro 31 dicembre 2023), con un margine operativo lordo pari a circa 42 miliardi di euro³. Il fatturato di Meta Platforms Ireland Ltd., al 31 dicembre 2022⁴, risulta pari a 58,06 miliardi di euro⁵, con un margine operativo lordo di circa 1,3 miliardi di euro⁶. La quasi totalità dei ricavi è generata dalla pubblicità e in particolare dalla

¹ Ma anche delle piattaforme Messenger, WhatsApp e Threads.

² *Voce "Total revenue 2023"*.

Documento pubblicato su <http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1326801/000132680124000012/Meta-20231231.htm> ("Annual Report") e su <https://investor.fb.com/financials/sec-filing-details/default.aspx?filingId=17229405>.

³ *Voce "Income (loss) from operations"*.

⁴ Ultimo bilancio sottoposto a certificazione contabile fornito dalla Parte.

⁵ Doc. 107, al. 6 – *voce "Turnover 2022"*.

⁶ *Voce "operating profit"*.

visualizzazione di prodotti pubblicitari su Facebook, Instagram, Messenger e applicazioni mobili di terzi⁷.

II. LE PRATICHE COMMERCIALI

3. Il procedimento ha ad oggetto due distinte pratiche commerciali poste in essere da Meta e consistenti nelle seguenti condotte:

i) **Pratica 1** - nei confronti degli utenti della piattaforma **Instagram** (nel prosieguo, anche "IG"):

A) non informare adeguatamente e immediatamente, cioè in fase di attivazione e prima registrazione dell'account IG, dell'attività di raccolta e utilizzo, per finalità commerciali, dei dati dell'utente, così da indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (registrazione nella piattaforma IG per usufruire dell'omonimo servizio di *social network*);

ii) **Pratica 2** - nei confronti degli utenti già registrati alle piattaforme **Facebook** (nel prosieguo, anche "FB") e **Instagram**:

B) omettere di fornire ai singoli utenti esauisiva motivazione sulla interruzione del servizio di *social network* di FB e IG, limitando il contraddittorio sulle relative cause;

C) omettere di fornire adeguata e piena assistenza per recuperare gli account cui gli utenti non riescano più ad accedere.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) L'iter del procedimento

4. In relazione alle pratiche commerciali sopra descritte, sulla base di informazioni acquisite ai sensi del Codice del consumo e di alcune segnalazioni ricevute⁸, in data 28 aprile 2023⁹ è stato comunicato alla Parte l'avvio del procedimento istruttorio PS12566 per possibile violazione degli articoli 20, 21 e 22 - **Pratica 1** - e dell'articolo 20 - **Pratica 2** - del Codice del consumo.

5. In sede di avvio veniva ipotizzata la scorrettezza delle seguenti pratiche:

i) **Pratica 1** - Nei confronti degli utenti della piattaforma **IG**:

⁷ Cf. Doc. 107, allegato 6, per Meta Platforms Ireland Limited: "Substantially all revenue is generated from advertising. Advertising revenue is generated by displaying advertising products on Facebook, Instagram, Messenger, and third-party mobile applications. The Company bills third-party customers for advertisements which it delivers to users. The Company has also entered into reseller agreements with a number of fellow group companies in respect of the sale of advertising services in their respective territories". Ma anche, per Meta Platforms Inc., il citato documento pubblicato sul sito della SEC: "We generate substantially all of our revenue from advertising. Our advertising revenue is generated by displaying ad products on Facebook, Instagram, Messenger, and third-party mobile applications. Marketers pay for ad products either directly or through their relationships with advertising agencies or resellers, based on the number of impressions delivered or the number of actions, such as clicks, taken by users. We recognize revenue from the display of impression-based ads in the contracted period in which the impressions are delivered. Impressions are considered delivered when an ad is displayed to a user. We recognize revenue from the delivery of action-based ads in the period in which a user takes the action the marketer contracted for. The number of ads we show is subject to methodological changes as we continue to evolve our ads business and the structure of our ads products. In particular, the ads we show may vary by product (for example, our video and Reels products are not currently monetized at the same rate as our feed or Stories products), and from time to time we increase or decrease the number or frequency of ads we show as part of our product and monetization strategies. We calculate average price per ad as total advertising revenue divided by the number of ads delivered, representing the average price paid per ad by a marketer regardless of their desired objective such as impression or action. For advertising revenue arrangements where we are not the principal, we recognize revenue on a net basis".

⁸ Docc. 1-4.

⁹ Doc. 6.

A) in fase di prima registrazione alla piattaforma (sito *web* e *app*), il Professionista adotterebbe un'informativa priva di immediatezza, chiarezza e completezza circa la raccolta e l'utilizzo dei dati degli utenti a fini commerciali, incluse le informazioni generate dall'uso da parte dell'utente Instagram di *app* di altre società del gruppo Meta, nonché dall'accesso a siti *web/app* di terzi; nello specifico, accedendo alla *homepage* di Instagram per registrarsi alla piattaforma, l'utente non troverebbe alcuna immediata evidenza dell'uso a fini remunerativi che Meta effettua dei suoi dati e del ruolo centrale che essi quindi assumono nel *business model* del Professionista.

ii) **Pratica 2** - Nei confronti degli utenti già registrati alle piattaforme **IG** e **FB**:

B) il Professionista non fornirebbe idoneo preavviso e adeguata motivazione nel procedere all'interruzione – temporanea o definitiva – del servizio fornito agli utenti, né garantirebbe a questi ultimi alcun contraddittorio al fine di individuare e risolvere tempestivamente la causa dell'interruzione e ripristinare, ove possibile, la piena funzionalità del servizio;

C) il Professionista non fornirebbe adeguata e fattiva assistenza per recuperare gli *account* ai quali gli utenti non riescono più ad accedere anche a seguito, ad esempio, di attacco da parte di *hacker* o, più in generale, a causa di problemi di autenticazione.

Le condotte *sub* B) e C) risultavano evidenziate dalle segnalazioni agli atti¹⁰ e dai reclami pubblicati nella pagina dell'*app store* Google Play dalla quale si scaricano le *app* FB e IG¹¹. Secondo tali reclami Meta avrebbe proceduto a interrompere il servizio fornito senza fornire adeguata e preventiva informazione all'utente e senza offrire concrete opzioni di confronto nonché adeguata assistenza nella risoluzione delle possibili anomalie riscontrate.

6. Il 27 giugno 2023 il Professionista ha presentato una memoria difensiva, riscontrando contestualmente alcune delle richieste di informazioni contenute nella comunicazione di avvio¹² e integrando tali riscontri il 10 luglio 2023¹³.

7. In data 27 giugno 2023 il Professionista ha presentato, ai sensi dell'articolo 27, comma 7, del Codice del consumo, impegni volti a rimuovere i profili di scorrettezza della pratica commerciale oggetto di contestazione¹⁴, trasmettendone una versione consolidata il 22 dicembre 2023¹⁵. Tali impegni sono stati rigettati dall'Autorità con decisione comunicata a Meta il 2 febbraio 2024¹⁶. Il 9 aprile 2024 Meta ha presentato un'istanza di riesame della decisione di non accoglimento¹⁷. L'Autorità ha rigettato l'istanza di riesame con decisione comunicata al Professionista il 2 maggio 2024¹⁸.

8. Il 20 luglio 2023 si è tenuta un'audizione con il Professionista¹⁹.

¹⁰ Es. docc. 1, 2, 4 e 5-6a.

¹¹ Doc. 3, allegati 2-4.

¹² Doc. 25.

¹³ Doc. 27.

¹⁴ Doc. 25.

¹⁵ Doc. 73.

¹⁶ Doc. 84.

¹⁷ Doc. 107.

¹⁸ Doc. 112.

¹⁹ Doc. 33.

9. In data 3 ottobre 2023, 3 novembre 2023, 27 novembre 2023, 17 gennaio 2024, 26 gennaio 2024 e 20 marzo 2024 il Professionista ha fornito riscontro alle ulteriori richieste di informazioni²⁰.

10. Il Professionista ha avuto accesso agli atti del procedimento l'8 e il 12 giugno 2023, il 14 e il 23 novembre 2023, il 18 dicembre 2023, il 15 gennaio 2024 e il 7 marzo 2024²¹.

11. L'11 ottobre 2023, il 30 novembre 2023 e il 6 marzo 2024 è stata comunicata al Professionista la proroga del termine finale del procedimento²².

12. Il 19 marzo 2024 è stata comunicata a Meta la data di conclusione della fase istruttoria, ai sensi dell'articolo 16, comma 1, del Regolamento²³. L'8 aprile 2024 il Professionista ha presentato la propria memoria conclusiva²⁴.

13. Il 26 marzo 2024 è stata inviata alla Competition and Consumer Protection Commission irlandese ("CCPC") la richiesta ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 4, lettera b), della Direttiva 2000/31/CE, recepita in Italia dall'articolo 5, comma 3, lettera a), del Decreto Legislativo 9 aprile 2003, n. 70²⁵.

14. Il 9 aprile 2024 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ("AGCOM"), ai sensi dell'articolo 27, comma 6 del Codice del consumo²⁶. Il 10 maggio 2024 l'AGCOM ha trasmesso il proprio riscontro²⁷.

15. L'8 maggio 2024 è stata inviata alla Commissione Europea e alla Competition and Consumer Protection Commission irlandese la notifica ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 4, lettera b) della Direttiva 2000/31/CE, recepita in Italia dall'articolo 5, comma 3, lettera b) del Decreto Legislativo 9 aprile 2003, n. 70²⁸.

2) Le evidenze acquisite

i) *Pratica 1 – Condotta sub A) – L'informativa resa in fase di prima registrazione alla piattaforma Instagram*

16. Dagli elementi istruttori raccolti²⁹ è emerso che nella pagina web di registrazione a IG³⁰, di seguito riportata (figura A), risulta di immediata evidenza il claim "iscriviti per vedere le foto e i video dei tuoi amici", mentre in fondo alla schermata di registrazione è presente la dicitura "scopri

²⁰ Docc. 43, 46, 62, 79, 82 e 102.

²¹ Docc. 22, 23, 58, 61, 71, 78 e 97.

²² Docc. 44, 63 e 96.

²³ Doc. 101.

²⁴ Doc. 107.

²⁵ Doc. 105.

²⁶ Docc. 106-109.

²⁷ Doc. 117.

²⁸ Doc. 116.

²⁹ In particolare, docc. 3, 25 e 87.

³⁰ Doc. 3, all. 1.

in che modo [...] usiamo e condividiamo i tuoi dati" senza ulteriori indicazioni, unitamente ai link ipertestuali "Condizioni"³¹, "Informativa sulla privacy"³² e "Normativa sui cookie"³³.

Cliccando sul link "Condizioni"³⁴ si accede alle condizioni d'uso IG in cui, dopo il messaggio di benvenuto, è visibile il paragrafo che descrive il servizio IG, suddiviso in diversi sotto-paragrafi. Nel penultimo di questi, intitolato "Connessione con brand, prodotti e servizi di interesse per l'utente", visibile dopo alcuni scroll della pagina web, si legge "usiamo i dati provenienti da Instagram e dagli altri prodotti delle aziende di Meta, nonché dai partner terzi, per mostrare inserzioni, offerte e altri contenuti sponsorizzati che riteniamo interessanti per l'utente [...]". Dopo ulteriori scroll della medesima pagina web appare la successiva sezione "Modalità di finanziamento del nostro Servizio", sotto il quale era indicato che "anziché pagare per l'uso di Instagram, usando il servizio regolato dalle presenti Condizioni l'utente riconosce che Facebook (sic) può mostrare inserzioni la cui promozione all'interno e all'esterno dei prodotti e delle aziende di Meta avviene dietro pagamento da parte di aziende e organizzazioni. Usiamo i dati personali dell'utente (ad es. informazioni su attività e interessi) per mostrargli le inserzioni più pertinenti [...]".

Cliccando i link "Informativa sulla privacy" e "Normativa sui cookie" si accede a pagine web che contengono indicazioni sulla tipologia delle informazioni dell'utente che il Professionista raccoglie e sul loro utilizzo (ad esempio "Usiamo le informazioni che raccogliamo per offrirti un'esperienza personalizzata" e "Usiamo i cookie per personalizzare e migliorare contenuti e servizi") senza, tuttavia, alcun riferimento espresso allo specifico utilizzo delle medesime per fini commerciali a beneficio di Meta.

³¹ Doc. 3, art. 1B.

³² Doc. 3, art. 1C.

³³ Doc. 3, art. 1D.

³⁴ Vigenti, all'epoca dell'avvio. Si è tenuto conto dei successivi aggiornamenti (v. infra).

Figura A

Iscriviti per vedere le foto e i video dei tuoi amici.

Accedi con Facebook

O

Numero di cellulare o indirizzo e-mail

Nome e cognome

Nome utente

Password

Le persone che usano il nostro servizio potrebbero aver caricato le tue informazioni di contatto su Instagram. Scopri di più

Iscrivendoti, accetti le nostre Condizioni. Scopri in che modo raccogliamo, usiamo e condividiamo i tuoi dati nella nostra Informativa sulla privacy e in che modo usiamo cookie e tecnologie simili nella nostra Normativa sui cookie

Accetti

17. Diversamente, dagli elementi acquisiti³⁵ risulta che nel processo di registrazione via *app*, nel corso dell'esperienza di registrazione tramite *mobile device* (cfr. Figura B.9), è presente l'indicazione "Noi finanziamo i nostri servizi usando i tuoi dati...". Tale processo di registrazione via *app* si compone di un flusso dinamico di schermate (Figure B.1-B.9): nelle prime di esse vengono richiesti i dati di contatto dell'utente e di inventare una *password*, mentre nell'ultima, in prossimità del pulsante "Accetto" è presente la dicitura sopra riportata "Noi finanziamo i nostri servizi usando i tuoi dati...".

³⁵ Docc. 25 e 87.

Figure B.1, B.2 e B.3

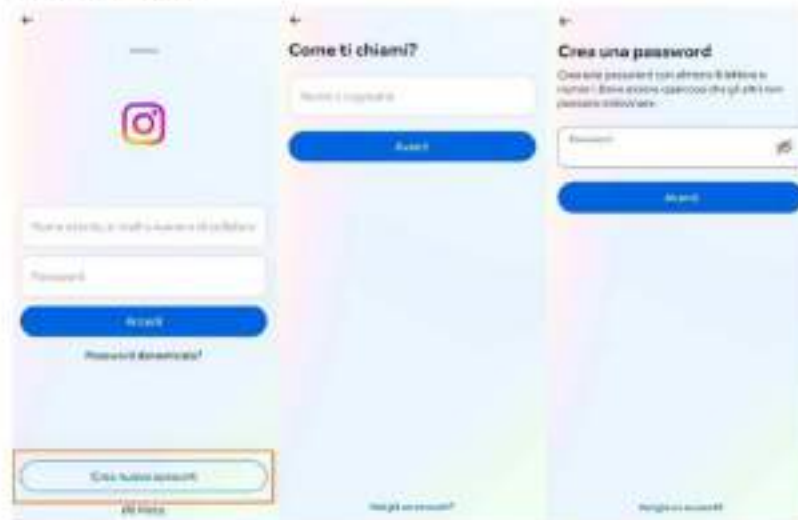


Figure B.4, B.5 e B.6

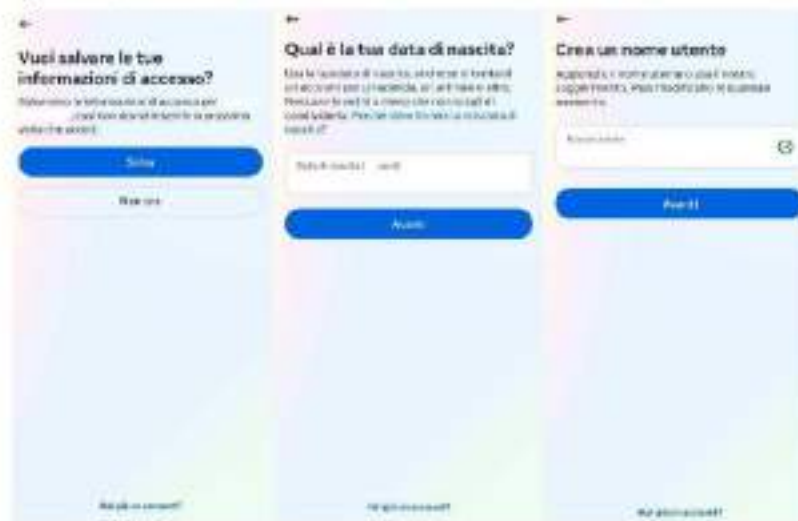
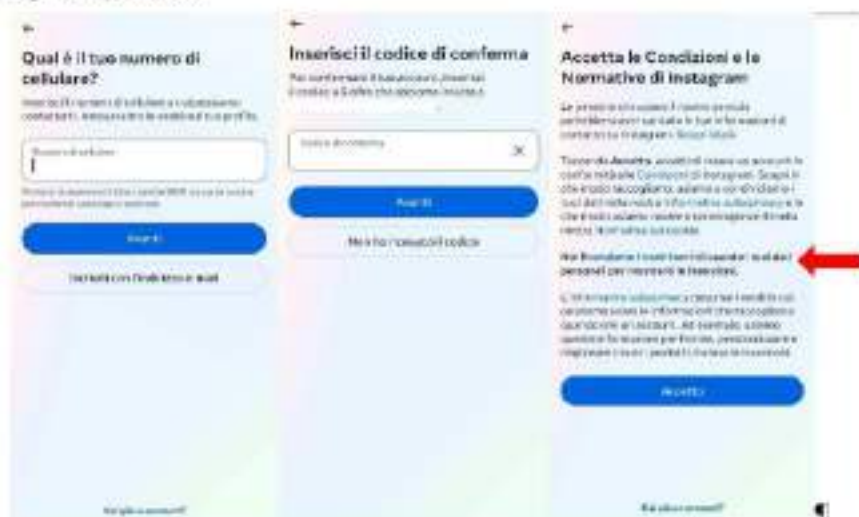


Figure B.7, B.8 e B.9



18. In corso di istruttoria, il 6 marzo 2024, Meta ha introdotto la possibilità di sottoscrivere un abbonamento a IG privo di inserzioni, a fronte di un esborso monetario. Conseguentemente ha aggiornato le condizioni d'uso di IG³⁶. In particolare, il paragrafo "Connessione con brand, prodotti e servizi di interesse per l'utente"³⁷ e la sezione "Modalità di finanziamento del nostro Servizio"³⁸ sono state modificate per dare atto delle due modalità di sottoscrizione del servizio (con inserzioni personalizzate e senza esborso monetario; senza inserzioni personalizzate e con esborso monetario).

19. Da ultimo, il 25 marzo 2024 Meta ha introdotto il disclaimer "Noi finanziamo i nostri servizi usando i tuoi dati personali per mostrarti le inserzioni" anche nella pagina web di registrazione a IG (cfr. Figura C - Ndr, enfasi aggiunta)³⁹. Cliccando su tale dicitura, l'utente viene reindirizzato

³⁶ Doc. 107.

³⁷ Dove si dichiara che: "In base alle scelte e alle impostazioni selezionate dall'utente, usiamo le informazioni di Instagram e di altri Prodotti della azienda di Meta, come anche di partner esterni, per personalizzare l'esperienza dell'utente su Instagram, ad esempio mostrando inserzioni (o l'utente vede inserzioni sui Prodotti di Meta), offerte e altri contenuti sponsorizzati che riteniamo possano essere di suo interesse. Tentiamo di rendere questi contenuti pertinenti tanto quanto le altre esperienze dell'utente su Instagram (...)"

³⁸ "L'utente può scegliere di usare il Servizio gratuitamente con le inserzioni o di attivare l'abbonamento per usarlo senza inserzioni:

- Se sceglie di usare gratuitamente con le inserzioni, ci autorizza a mostrare inserzioni che le aziende e le organizzazioni ci pagano per la promozione all'interno o all'esterno dei Prodotti di Meta.

- Se sceglie di attivare l'abbonamento per usare i Prodotti di Meta senza inserzioni, non vedrà inserzioni e noi non usiamo i suoi dati per le inserzioni. Le informazioni relative a tariffa, valore e periodo di pagamento per l'abbonamento senza inserzioni verranno fornite prima del completamento dell'acquisto.

Se l'utente vede queste inserzioni sui Prodotti di Meta, mostriamo inserzioni pertinenti e utili all'utente senza rivelare le sue identità agli inserzionisti (...)"

³⁹ Doc. 115.

alla sezione delle condizioni d'uso di IG relative alle modalità di finanziamento del servizio medesimo.

Figura C.

Instagram

Iscriviti per vedere le foto e i video dei tuoi amici.

Accedi con Facebook

O

Numero di cellulare o indirizzo e-mail

Nome e cognome

Nome utente

Password

Le persone che usano il nostro servizio potrebbero aver caricato le tue informazioni di contatto su Instagram. Scopri di più

Iscrivendoti, accetti le nostre Condizioni. Scopri in che modo raccogliamo, usiamo e condividiamo i tuoi dati nella nostra Informativa sulla privacy e in che modo usiamo cookie e tecnologie simili nella nostra Normativa sui cookie

Utilizziamo i nostri servizi usando i tuoi dati personali per offrirti le pubblicità.

Accetti

Puoi anche segnalare i contenuti che ritieni violino nel tuo Paese senza accedere.

ii) *Pratica 2- La gestione degli account nelle piattaforme Facebook e Instagram*

Condotta sub B) – L’informativa resa in caso di interruzione dei servizi di social network e il relativo contraddittorio con l’utente

20. Quanto alla **condotta sub B)**, dagli elementi istruttori raccolti⁴⁰ è emersa la distinzione tra le diverse misure che Meta assume nei confronti degli *account* degli utenti laddove ritenga siano violati i c.d. “standard” di FB e IG. In particolare, è stata fornita una descrizione del sistema graduale di “rimedi” utilizzato per contrastare condotte degli utenti in violazione di detti *standard*, i quali si sostanziano, progressivamente, nella i) rimozione del singolo contenuto (es. *post*, commento, contenuto multimediale), ii) limitazione temporanea di alcune funzionalità dell’*account* (es. accesso in “sola lettura”, ossia senza possibilità di pubblicare contenuti; blocco delle dirette in *live streaming*) iii) sospensione dell’*account* e iv) sua disabilitazione⁴¹.

21. La rimozione del contenuto è lo strumento utilizzato per fronteggiare la prima violazione commessa da un utente, suscettibile di trasformarsi in misure più restrittive in caso di reiterazione. In caso di rimozione del contenuto Meta invia all’utente interessato, contestualmente all’adozione del rimedio, una informativa indicante in prima schermata i) che il *post* va contro gli standard della *community* ii) che pertanto è visibile solo dall’utente e non da altri. In terza schermata viene indicato quale degli *standard* della *community* è nel caso di specie violato e si aggiunge altresì che, se i contenuti caricati dovessero violare nuovamente gli *standard* della *community*, l’*account* potrebbe essere oggetto di ulteriori misure restrittive o di disabilitazione⁴².

22. La sospensione si applica a seguito di violazioni ripetute o particolarmente gravi delle *policy* delle piattaforme di Meta. In caso di violazioni ripetute, la stessa è preceduta dall’invio all’utente della informativa relativa alla rimozione del contenuto, in cui si avverte della possibilità che in caso di reiterazione si proceda alla sospensione⁴³.

23. Viceversa, alla disabilitazione definitiva si giunge in due ipotesi, ossia: i) se l’utente ricorre avverso la sospensione e il ricorso non viene accolto; ii) se l’utente non presenta ricorso entro i termini indicati. Pertanto, la disabilitazione non viene applicata immediatamente, ma è sempre preceduta dalla sospensione temporanea⁴⁴.

24. A fronte delle violazioni più gravi e manifestamente illecite (*omissis*)⁴⁵ il Professionista ha dichiarato di dover intervenire “immediatamente”, senza fornire un preavviso e in assenza di un contraddittorio preventivo, in quanto l’ordinamento impone tale tempestività⁴⁵. Inoltre, Meta ha chiarito che la maggior parte degli *account* vengono disabilitati entro pochi minuti dal momento della relativa creazione laddove Meta ritenga si tratti di probabili *account* falsi, non rappresentativi di utenti “autentici” e “gemini” (c.c.dd. “*bot*”, ossia *software* automatizzati che fingono di essere

⁴⁰ Docc. 1-4, 5-bis, 14, 21, 25, 27, 30, 31, 33, 36-38, 41, 42, 46-62, 64-66, 73, 74, 75, 79, 82, 83, 86, 102 e 107.

⁴¹ In particolare, docc. 25, 41, 43, 46 e 79.

⁴² Docc. 25, 41 e 43.

⁴³ Docc. 25, 41 e 43.

⁴⁴ Docc. 25, 41 e 43.

⁴⁵ Nella presente versione alcuni dati sono omissis, in quanto si sono ritenuti sensibili elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

⁴⁵ Cfr. art. 16 del d.lgs. 79/2003; art. 6 DSA.

persone al fine di distribuire *fake news* o virus, nonché *scripted account*, cioè *account* che tentano di abusare dei servizi FB e IG)⁴⁶.

25. Sempre per le ipotesi di violazioni particolarmente gravi (*omissis*) attuate da un utente attraverso una delle due piattaforme, la misura restrittiva viene adottata su entrambe le piattaforme, e ciò al precipuo fine di evitare che l'utente possa proseguire tali condotte utilizzando l'*account* con il quale non ha (ancora) commesso alcuna violazione⁴⁷.

26. Dagli *screenshot* dei flussi recanti l'informativa che Meta inviava agli utenti anche prima dell'agosto 2023⁴⁸ e dai chiarimenti forniti da Meta nella memoria conclusiva⁴⁹, per il caso di sospensione di *account* emerge che veniva fornita, su entrambi i *social network*, la motivazione della misura adottata (cioè l'indicazione della *policy* violata). Infatti, quanto alla piattaforma FB, nella prima schermata della comunicazione che l'utente riceveva a fronte della sospensione dell'*account* veniva riportato che "l'*account* o l'*attività ad esso connessa* non è conforme ai nostri *Community Standard*", con annessa l'indicazione della *policy* violata nel caso di specie, seguita da un pulsante "Vedi perché" (Ndr "See why") che apriva una seconda schermata, in cui si ribadiva la specifica *policy* violata, si fornivano ulteriori informazioni al riguardo, incluso un *link* alla versione integrale della *policy* "Leggi integralmente", Ndr "Read in full"). Nella piattaforma IG l'informativa in prima schermata era simile, sebbene mancasse il pulsante "Vedi perché".

27. Nell'informativa resa all'utente di IG era esplicitata la modalità con cui la piattaforma aveva effettuato le relative verifiche e valutazioni, informazione che non veniva data agli utenti di FB.

28. Infine, come si evince sempre dai flussi informativi prodotti, l'unica via di contestazione della decisione di sospensione che veniva immediatamente evidenziata all'utente in prima schermata era, fino ad agosto 2023, il "ricorso interno", cioè una contestazione diretta a Meta, per attivare la quale veniva fornito un pulsante. Tale contestazione, con riferimento a entrambe le piattaforme, doveva essere attivata entro il termine di 30 giorni.

29. A partire dal mese di agosto 2023, Meta ha modificato il *ser* informativo reso all'utente sia di FB che di IG in occasione dell'applicazione di misure restrittive sugli *account*⁵⁰.

Le modifiche e gli aggiornamenti apportati⁵¹ riguardano:

- in caso di sospensione, anche con riguardo alla piattaforma FB, l'evidenziazione delle modalità con cui la decisione è stata assunta nel caso specifico (controllo automatizzato o manuale/umano);
- in caso di rimozione di un "contenuto" (es. un c.d. "post" che ha violato le *policy* di Meta) la migliore evidenziazione di: a) il fatto che il contenuto è stato rimosso, sin dalla prima schermata; b) la specifica *policy* violata nel caso di specie (viene altresì fornito un *link* che consente di prendere visione di detta *policy*); c) la modalità con cui nel caso specifico è stata effettuata la valutazione e adottata la decisione (controllo automatizzato o umano/manuale);

⁴⁶ Doc. 27.

⁴⁷ Docc. 25, 62 e 79.

⁴⁸ Docc. 25, 41, 43 e 105.

⁴⁹ Doc. 105.

⁵⁰ Docc. 41 e 46.

⁵¹ Docc. 41, 43 e 46.

- in tutti i casi (sospensione e rimozione), l'indicazione di tutti gli strumenti messi a disposizione dell'utente per "contestare" la decisione di Meta. In particolare, viene evidenziato che, accanto alla contestazione diretta a Meta con ricorso "interno", l'utente ha la possibilità di i) deferire la questione a un organismo di risoluzione stragiudiziale delle controversie e ii) rivolgersi all'organo giurisdizionale competente. In più, il termine per proporre ricorso "interno" è prolungato (da 30 giorni a 180 giorni).

Inoltre, benché in caso di sospensione dell'account, sia su FB che su IG, fosse data *ab origine* indicazione della specifica *policy* violata già in prima schermata, sono state introdotte alcune modifiche grafiche, ossia: tale indicazione della *policy* violata – sempre in prima schermata per entrambe le piattaforme – è stata inserita sotto un apposito paragrafo evidenziato in grassetto e denominato "Perché è accaduto" (NdR, "Why this happened"); è stato reso disponibile anche su IG un *link*, già presente su FB ("Vedi perché", nell'occasione ridenominato "Leggi di più riguardo questa disposizione [NdR, la *policy* violata – "Read more about this rule"]").

Condotta sub C – *L'assistenza fornita agli utenti che non riescano più ad accedere ai propri account*

30. Quanto alla **condotta sub C**⁵², dall'istruttoria svolta è emerso che le ipotesi più frequenti di "perdita" dell'account riguardano la compromissione a seguito di attacco *hacker* o quello di mera dimenticanza delle credenziali di accesso, in particolare in caso di utilizzo di un *device* diverso da quelloi consueti per l'accesso a una delle due piattaforme⁵³. Inoltre, il Professionista ha sottolineato come il caso più problematico per il recupero dell'account sia quello della compromissione delle credenziali di accesso dell'utente (nome e/o *email*/numero di telefono e/o *password*) tipicamente derivante da attacco *hacker*. Infatti, poiché alcune delle procedure utilizzate da Meta per il recupero *account* presuppongono che l'utente richieda un "codice di recupero" da utilizzare per confermare la propria identità e tale codice viene inviato ai punti di contatto (indirizzo *email* o numero di telefono) associati a quell'account, nel caso di "hackeraggio" ciò è reso impossibile dal fatto che l'*hacker* cancella quei punti di contatto e li sostituisce con altri. In tal modo, l'*hacker* cerca di impedire che i legittimi proprietari recuperino e accedano al proprio *account*, rimuovendo i punti di contatto originali associati all'account stesso – come *email* e numeri di telefono – e sostituendoli con punti di contatto da loro controllati⁵⁴.

31. Per far fronte a tale evenienza, Meta mette a disposizione dei propri utenti anche ulteriori strumenti che consentono di recuperare le proprie credenziali senza dover necessariamente passare per i punti di contatto collegati all'account. *[omissis]*⁵⁵.

32. In corso di istruttoria, Meta ha poi ampliato ulteriormente il ventaglio di strumenti per assistere gli utenti impossibilitati ad accedere al proprio *account*⁵⁶. A titolo esemplificativo, sono

⁵² Docc. 1-4, 5-6b, 14, 21, 25, 27, 30, 31, 33, 36-38, 41, 42, 46-48, 62, 68, 73, 74, 75, 79, 83, 86, 102 e 107.

⁵³ Docc. 25, 27 e 46.

⁵⁴ Docc. 25, 27 e 46.

⁵⁵ *[omissis]*

⁵⁶ Docc. 46, 62 e 107.

stati introdotti i) *fornissis* (da agosto 2023 per IG e FB); ii) *fornissis* (da luglio 2023 per FB, da maggio 2024 per IG); iii) *fornissis* (da luglio 2023 per FB; da dicembre 2023 per IG).

3) *Le argomentazioni difensive della Parte*

a) *Eccezioni preliminari sulla competenza dell'AGCM e sull'obbligo di cooperare con altre Autorità*⁵⁷

33. In via preliminare, il Professionista lamenta un difetto di competenza dell'Autorità, con alcuni distinguo a seconda della pratica in considerazione, sotto i profili di seguito sintetizzati⁵⁸.

34. Meta invoca anzitutto il principio della *lex specialis*⁵⁹ nonché quello della **primazia del diritto dell'Unione europea**⁶⁰, che impedirebbero di applicare, nel caso di specie, la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette.

35. Secondo il Professionista verrebbero in considerazione le seguenti normative dell'Unione europea:

Con riferimento alla condotta *sub A*)

- il Regolamento (UE) 2016/679 ("GDPR") e la relativa legge di attuazione (*Data Protection Act*) relativamente agli obblighi di trasparenza circa le informazioni che devono essere messe a disposizione sull'utilizzo dei dati personali;
- la Direttiva 2002/56/CE ("Direttiva *e-Privacy*") e la normativa irlandese di recepimento con riferimento all'informativa sul trattamento dei dati tramite *cookie*.

Con riferimento alle condotte *sub B*) e C)

- un complesso sistema di Regolamenti, Direttive, norme di *soft law* e norme di autoregolamentazione che disciplinerebbero compiutamente e con un approccio multilivello i c.d. servizi intermediati e definirebbero, per esempio, regole per la moderazione dei contenuti, per la sospensione degli *account*, per la trasparenza degli avvertimenti e per i meccanismi di reclamo⁶¹;

⁵⁷ Docc. 25 e 107.

⁵⁸ Docc. 25 e 107.

⁵⁹ Nel Docc. 25 e 107.

⁶⁰ Solo nel doc. 25.

⁶¹ Nel doc. 25 – memoria difensiva – Meta, senza riconoscere che ciascuna disposizione delle seguenti leggi si applichi ai suoi servizi, cita, *inter alia*:

i) la Direttiva sui Servizi media Audiovisivi 2010/13/UE, modificata dalla Direttiva 2018/1808/UE ("DSMA", attuata in Italia con il D. Lgs. n. 206/2021, c.d. "TUSMA"), che stabilisce un quadro giuridico armonizzato per la regolazione di programmi, video generati dagli utenti e comunicazioni commerciali audiovisive al fine di proteggere i consumatori e i minori dai contenuti dannosi ospitati sulle piattaforme di condivisione video;

ii) il Regolamento (UE) 2021/784 relativo al contrasto della diffusione di contenuti terroristici online ("CTO"), che stabilisce una serie di norme speciali per la moderazione e la sospensione di contenuti e account coinvolti nella diffusione di contenuti terroristici;

iii) la Direttiva (UE) 2019/790 sul diritto d'autore e i diritti connessi nel mercato unico digitale ("Direttiva Copyright"), che prevede norme specifiche di moderazione, compresi meccanismi di rimozione e ricorso in relazione alla rimozione di contenuti protetti dal diritto d'autore ospitati su servizi di condivisione di contenuti;

- in particolare, la Direttiva 2000/31/CE (“Direttiva E-Commerce”) e il D.Lgs. 70/2003 di attuazione in Italia, che prevede il c.d. “Principio del Paese d’origine”⁶².

Nello specifico, l’imposizione da parte dell’Autorità di *standard* di diligenza professionale alle piattaforme fornitrici di servizi *online* rappresenterebbe una violazione del principio del Paese d’origine di cui alla Direttiva E-Commerce, secondo quanto affermato dalla Corte di Giustizia UE nel caso C-376/22 del 9 novembre 2023, riguardante, tra gli altri, Meta⁶³:

- in particolare, il Regolamento (UE) 2022/2065 sul Mercato Unico dei Servizi Digitali (“DSA”) che fornirebbe un quadro di massima armonizzazione in materia di moderazione dei contenuti, per la sospensione degli *accounts*, per la trasparenza degli avvertimenti e per i meccanismi di reclamo.

36. Alla luce dei richiamati principi: i) l’AGCM non potrebbe applicare provvedimenti contrastanti con il quadro giuridico sopra ricordato o imporre obblighi o ulteriori requisiti specifici diversi da quelli tipizzati dal legislatore europeo, in particolare mediante Regolamenti, per non vanificare l’obiettivo di massima armonizzazione (principio di **primazia del diritto dell’Unione europea**); ii) non potrebbe trovare applicazione la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, data la presenza di normative settoriali con riguardo alle quali sarebbe già stato operato un bilanciamento tra protezione dei consumatori e altri interessi specifici considerati dalle leggi speciali (principio della *lex specialis*); iii) con particolare riguardo ai fornitori di servizi della società dell’informazione, come Meta, l’AGCM non potrebbe imporre obblighi più stringenti rispetto a quelli previsti dalla legge del Paese d’origine del fornitore di servizi (Irlanda).

37. Meta indica altresì quelle che ritiene essere le Autorità competenti rispetto all’applicazione, nel caso di specie, delle predette leggi settoriali: con riferimento alla condotta *sub A*, sarebbe competente la Data Protection Authority irlandese (“DPA”); con riguardo alle condotte *sub B* e C), sarebbero competenti la Commissione europea e/o la Coimisiún na Meán irlandese (“CM”).

38. In subordine, l’Autorità avrebbe violato il **principio di leale collaborazione** di cui all’articolo 4(3) del Trattato sull’Unione europea (“TUE”)⁶⁴ e (ancora) il **Principio del Paese d’origine**⁶⁵, giacché avrebbe dovuto concertarsi e cooperare con le autorità nazionali di controllo o con le autorità capofila interessate, ossia:

iv) il Regolamento (UE) 2019/1151, che promuove l’equità e la trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi intermediari online (“P2B”) e fornisce un quadro di massima armonizzazione per la moderazione dei contenuti, compresi la sospensione degli *accounts*, in relazione a contenuti e *accounts* degli utenti commerciali.

v) la Direttiva 2004/48/CE, che prevede norme aggiuntive in relazione al rispetto dei diritti di proprietà intellettuale *online*.

⁶² Cfr. art. 3 Direttiva E-Commerce e art. 5 D.Lgs. 70/2003. Tale principio sarebbe pienamente riconosciuto anche dalla citata Direttiva AVMS e ribadito dal Regolamento DSA, art. 3(2).

⁶³ Corte di Giustizia UE, 9 novembre 2023, C-376/22 – *Meta Platforms Ireland Limited and Others vs. Komoot Austria*. In la Corte ha dichiarato che l’articolo 3(4) della citata Direttiva deve essere interpretato nel senso che: “*provvedimenti generali e mirati, riguardanti una categoria di determinati servizi della società dell’informazione descritti in termini generali, e applicabili indistintamente a qualsiasi prestatore di tale categoria di servizi, non rientrano nella nozione di «provvedimenti adottati per quanto concerne un determinato servizio della società dell’informazione», ai sensi di tale disposizione*”.

⁶⁴ A supporto di tale affermazione vengono invocati: Corte di Giustizia UE, 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms Ireland vs Bundeskartellamt e Consiglio di Stato*, 15 gennaio 2024, n. 497/2024 – *Telepass*.

⁶⁵ A supporto, viene citata Corte di Giustizia UE, 9 novembre 2023, C-376/22 – *Meta Platforms Ireland Limited and Others vs Komoot Austria*.

i) con riferimento a **tutte e tre le condotte**, la Commissione europea e la Competition and Consumer Protection Commission irlandese ("CCPC"), presentando una richiesta tramite il sistema di informazione del mercato interno ("rete IMI") alle autorità irlandesi competenti, dialogando con tali autorità e notificando alla Commissione europea l'intenzione di adottare misure nei confronti del Professionista;

ii) con riguardo alla **condotta sub A)**, la DPA irlandese;

iii) relativamente alle **condotte sub B) e C)**, con la Commissione Europea e/o la CM irlandese.

b) L'imputabilità delle pratiche a Meta Platforms Inc.

39. In relazione a entrambe le pratiche oggetto del procedimento, la Parte ha eccepito che Meta Platforms Inc. non sarebbe responsabile delle condotte illecite enunciate in avvio⁶⁶ e successivamente precisate in sede di comunicazione del termine di conclusione della fase istruttoria⁶⁷. Meta Platforms Ireland Ltd. sarebbe l'unico fornitore dei servizi Facebook e Instagram nei confronti degli utenti dell'Unione europea, ivi inclusi quelli italiani⁶⁸. Quindi, imputare le pratiche in discorso ad un soggetto diverso da Meta Platforms Ireland Ltd. costituirebbe una violazione del principio della responsabilità personale.

c) Le eccezioni sul merito delle contestazioni: l'assenza di qualsivoglia pratica commerciale scorretta

40. Nel merito delle condotte contestate, il Professionista rileva quanto segue:

i) Pratica 1

41. Con riferimento alla **condotta sub A)**, il Professionista ha formulato osservazioni relative a:

- la disponibilità e la completezza delle informazioni fornite agli utenti che intendano registrarsi a IG circa l'uso dei loro dati da parte di Meta e circa il ruolo centrale che essi assumono nel *business model* del Professionista;
- quindi, il rispetto dell'obbligo di diligenza professionale e il tentativo da parte dell'Autorità di introdurre nuove regole non previste dalla normativa di settore invocando uno standard di diligenza professionale che non trova riscontro nella normativa o nelle prassi di mercato;
- l'inidoneità della condotta a falsare il comportamento dei consumatori;
- la mancata considerazione dell'introduzione della possibilità di sottoscrivere un abbonamento a pagamento e "senza inserzioni" ai servizi di Meta, incluso IG.

42. In particolare, Meta ritiene che gli utenti siano in grado di reperire con facilità tutte le informazioni relative al modo in cui i loro dati vengono utilizzati dal Professionista per supportare i costi necessari a fornire il servizio Instagram senza richiedere agli utenti alcun esborso monetario. Gli utenti, infatti, potrebbero reperire tali informazioni all'interno delle condizioni d'uso di IG⁶⁹,

⁶⁶ Doc. 5.

⁶⁷ Doc. 101.

⁶⁸ Nelle rispettive condizioni d'uso di IG e FB (All.1 e 2 al Doc. 25 nonché All. 1B e 5 a Doc. 3) si legge che tali servizi sono forniti da Meta Platforms Ireland Limited e che le rispettive condizioni d'uso costituiscono un contratto tra l'utente e Meta Platforms Ireland Limited.

⁶⁹ Per esempio, ai punti "Offerta di opportunità personalizzate per la creazione, connessione, scoperta e coinvolgimento", "Condivisione con brand, prodotti e servizi di interesse per l'utente" e al paragrafo "Modalità di finanziamento del nostro Servizio". In particolare, in tale paragrafo si legge che "antiche pagare per l'uso di Instagram [...] l'utente riconosce che

dell'informativa sulla *privacy*⁷⁰ e della normativa sui *cookie*; tali documenti sarebbero accessibili tramite *link* inseriti nella pagina di registrazione.

43. Inoltre, prima di concludere del processo di registrazione tramite *app* – segnatamente, prima di perfezionarlo cliccando sul pulsante “Accetto” – l’utente rinverrebbe il *disclaimer* “Noi finanziamo i nostri servizi usando i tuoi dati personali per mostrarti le inserzioni”. Al riguardo, Meta ha precisato che nella registrazione tramite *app* non esiste, a differenza della versione *web/desktop*, una *home page* “statica”, sostanziandosi la registrazione in un flusso dinamico in cui il *disclaimer* (insieme ai *link* alle condizioni d’uso, all’informativa *privacy*, alla normativa sui *cookie*) viene collocato subito prima del pulsante “Accetto”. Tale collocamento sarebbe ottimale per rendere il consumatore pienamente consapevole dei termini che sta per accettare e del fatto che Meta può finanziare i propri servizi tramite i dati dello stesso.

44. Quanto all’inidoneità della condotta a falsare il comportamento economico del consumatore, la Parte ritiene, in sintesi, che il consumatore medio sarebbe già consapevole dell’utilizzo commerciale dei propri dati su IG e, pertanto, anche ove si ritenesse lacunosa, ingannevole o non immediata l’informativa fornita, tali profili non costituirebbero un *vulnus* per il consumatore. Infatti, i *social network* (e il loro modello di *business*) non sarebbero un fenomeno nuovo, ma conosciuto e utilizzato da circa un ventennio.

45. Da ultimo, il Professionista ritiene che non si sarebbe tenuta in debita considerazione la modifica al modello di *business* di Meta, sopravvenuta nel corso dell’istruttoria. Si tratta, in particolare, dell’introduzione della possibilità di fruire dei servizi di Meta, incluso IG, attivando un abbonamento a pagamento in cui Meta dichiara di offrire i propri servizi senza usare i dati dell’utente per le inserzioni e senza far visualizzare all’utente inserzioni pubblicitarie. Tale modifica, distinguendo anche sul piano dell’informativa resa⁷¹ tra servizio fornito con e senza inserzioni, renderebbe ancor più chiaro e esplicito che la prestazione del servizio senza esborso monetario implicherebbe la cessione dei dati dell’utente per il loro sfruttamento economico.

ii) Pratica 2

46. Con riferimento a entrambe le condotte costituenti la *Pratica 2*, Meta ha eccepito anzitutto che le relative contestazioni dell’Autorità si fonderebbero su un numero relativamente basso di reclami e recensioni negative.

47. Relativamente alla condotta *sub B)*, il Professionista ha formulato osservazioni relative a:

- il preavviso di interruzione dei propri servizi da fornire all’utente che in realtà verrebbe fornito e, a certe condizioni, la sua non obbligatorietà ai sensi dell’ordinamento nazionale e europeo;
- la completezza dell’informativa resa in occasione dell’interruzione dei propri servizi – sospensione *account* – anche prima del mese di agosto 2023 circa le relative cause;
- l’indicazione delle modalità con cui la decisione di sospendere un *account* viene concretamente adottata, già presente su IG;

Facebook [sic] può mostrare inserzioni la cui provvigione all’interno e all’esterno dei prodotti delle aziende di Meta avviene dietro pagamento da parte di aziende e organizzazioni” e che i suoi dati sarebbero utilizzati per mostrare all’utente “inserzioni più pertinenti” – cit. doc. 25.

⁷⁰ In particolare sub paragrafo “Come usiamo le tue informazioni” e sotto-paragrafo “Come usiamo le inserzioni e altri contenuti commerciali o sponsorizzati” – cit. doc. 25.

⁷¹ Cit. versione delle Condizioni IG aggiornata il 6 marzo 2024 – cit. Doc. 107, pag. 27, schermata 5.

- l'irrilevanza dell'informazione circa la possibilità di adire un organo di risoluzione stragiudiziale delle controversie o un tribunale per contestare tale decisione, in quanto già nota all'utente medio;

- l'inidoneità della condotta a falsare il comportamento dei consumatori.

48. In particolare, con riguardo al dovere di fornire un preavviso prima di procedere all'interruzione - temporanea o definitiva - dei propri servizi, Meta ha osservato che: i) l'ordinamento, nazionale e europeo, non impone alcun obbligo di preavviso; ii) siffatto obbligo sarebbe difficilmente compatibile con quanto invece imposto agli *host provider* dall'ordinamento, ossia di doversi attivare prontamente in presenza di contenuti illeciti; iii) fatti salvi i casi di violazioni particolarmente gravi, prima di procedere alla sospensione dei propri servizi e in occasione dell'applicazione di misure meno "severe", Meta ritiene di fornire un idoneo preavviso in quanto informa l'utente della circostanza che reiterare un comportamento analogo a quello contestato in un determinato periodo di tempo potrebbe comportare limitazioni più gravi, finanche la sospensione dell'account.

49. Nella propria memoria conclusiva Meta sottolinea, poi, di aver adeguatamente informato l'utente, anche prima dell'agosto 2023, circa le motivazioni che hanno condotto ad adottare misure limitative del suo account, finanche la sospensione. Infatti, il Professionista avrebbe sempre indicato sia su FB che su IG la *policy* in concreto violata. Peraltro, a partire dal mese di agosto del 2023, il set informativo reso all'utente sarebbe stato ulteriormente migliorato e, oggi, verrebbero fornite con maggior immediatezza più informazioni relative al "perché" si è giunti all'interruzione del servizio.

50. Quanto alla mancata esplicitazione, su FB e fino ad agosto 2023, delle modalità con cui nel caso concreto Meta ha assunto la decisione di sospendere il servizio (controllo automatizzato vs controllo manuale), per il Professionista non si tratterebbe di un comportamento scorretto in quanto insusciabile di imputare sulle scelte economiche di un consumatore medio e non imposto, sino ad agosto 2023, da alcuna fonte normativa.

51. Meta ritiene, poi, di aver garantito, anche prima dell'agosto 2023, un idoneo contraddittorio con l'utente attinto da una misura limitativa del proprio account, inclusa la sospensione, in quanto ad esso sarebbe assicurata la possibilità di domandare a Meta una revisione della decisione e domandare che le restrizioni imposte vengano revocate. A far data dal mese di agosto i termini per domandare la revisione interna di una decisione sarebbero stati sensibilmente allungati e l'utente verrebbe ora informato della possibilità di impugnare la decisione innanzi un tribunale o in via stragiudiziale.

52. In ultima istanza, la condotta in discorso sarebbe inidonea a falsare il comportamento economico del consumatore medio, in quanto avrebbe ad oggetto procedure interne relative a comunicazioni in caso di violazioni e rispettivi reclami, ossia a situazioni patologiche, che non impatterebbero su decisioni di natura commerciale degli utenti perché relative a una fase in cui il consumatore ha scelto di iscriversi ai servizi di FB e IG.

53. Con riguardo, infine, alla condotta *sub C)*, il Professionista ha formulato osservazioni su:

- il rispetto dell'obbligo di diligenza professionale, in quanto Meta offrirebbe (e avrebbe offerto sin dalla data di avvio del procedimento) un'assistenza avanzata e adeguata a risolvere i problemi di accesso degli utenti ai propri account, ivi inclusi quelli compromessi da attacco hacker;

- l'inidoneità della condotta a falsare il comportamento economico del consumatore medio in quanto non legata alla fase in cui l'utente dovrebbe decidere se iscriversi o meno a uno dei servizi

di Meta, ma ad una successiva e patologica in cui i consumatori adotterebbero scelte non economiche al fine di riottenere l'accesso a tali servizi;

- il "dinamismo" dei fenomeni di pirateria informatica e l'aggiornamento effettuato, e sempre in corso, dei propri sistemi per far fronte alle nuove strategie attuate dagli hacker, bilanciando l'esigenza di fornire ai propri utenti un'informazione relativa alle misure di prevenzione e assistenza nel caso di perdita account con quella di evitare che soggetti malintenzionati possano utilizzare tali informazioni proprio per eludere i presidi adottati da Meta⁷².

4) Le modifiche alle pratiche già realizzate in corso di istruttoria

54. Dagli elementi acquisiti agli atti risulta che il Professionista abbia modificato le condotte oggetto del procedimento in corso di istruttoria e, segnatamente:

55. **Condotta sub A)** – e, quindi, **Pratica 1**: a far data dal 25 marzo 2024 Meta ha inserito nella pagina di iscrizione via web a IG, fin dalla prima schermata, l'indicazione aggiuntiva "Noi Finanziamo i nostri servizi usando i tuoi dati personali per mostrarti le inserzioni".

56. **Condotta sub B)** – **Pratica 2**: a partire dal mese di agosto 2023, Meta ha modificato il set informativo reso all'utente sia di FB che di IG in occasione dell'applicazione di misure restrittive, ivi inclusa la sospensione dell'account.

57. **Condotta sub C)** – **Pratica 2**: Meta ha reso disponibile [omissis] (da agosto 2023 per FB e IG), [omissis] (da luglio 2023 per FB; da dicembre 2023 per IG), [omissis] (a partire dal luglio 2023 su FB; da maggio 2024 per IG⁷³).

IV. PARERE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

58. Poiché la pratica commerciale oggetto del presente provvedimento è stata diffusa attraverso mezzi di telecomunicazione, in data 9 aprile 2024 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, del Codice del consumo.

59. Con comunicazione pervenuta in data 10 maggio 2024, la suddetta Autorità ha trasmesso la propria delibera con la quale dispone di "non procedere al rilascio del parere richiesto" ritenendo che la fattispecie sia riconducibile alle proprie competenze esclusive. Secondo l'AGCOM, infatti, i profili di contestazione della condotta "non appaiono collegati a una qualche pratica commerciale".

60. In particolare, secondo l'AGCOM, le ipotesi di violazione non integrerebbero gli estremi di una pratica commerciale scorretta, configurandosi piuttosto quali fattispecie di diretta violazione degli articoli 17 e 23 del Regolamento DSA, normativa di settore di competenza dell'AGCOM stessa che imporrebbe a detta Autorità "l'adozione di misure finalizzate a una efficace ed effettiva tutela degli utenti anche in coerenza con le funzioni assegnatele) in qualità di digital service coordinator".

61. L'AGCOM rende infine noto di riservarsi di procedere per i seguiti di competenza ai sensi dell'articolo 58 DSA ("Cooperazione transfrontaliera tra coordinatori dei servizi digitali").

⁷²Doc. 62.

⁷³[omissis].

V. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

a) Valutazioni preliminari sulla competenza dell'AGCM

62. In via preliminare, non possono essere condivise le eccezioni che Meta solleva in relazione all'incompetenza dell'Autorità a valutare le condotte oggetto del procedimento.

63. Anzi tutto, il principio del **primato del diritto dell'Unione europea** sembra invocato erroneamente, posto che anche la disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette ha rango comunitario.

64. Quanto all'invocato **principio di specialità** emuleato dall'articolo 3(4) della Direttiva 2005/29/CE ("Direttiva PCS") e recepito dall'articolo 19, comma 3, del Codice del consumo per sostenere l'inapplicabilità della disciplina consumeristica e, dunque, l'incompetenza dell'AGCM, occorre ricordare che l'ambito di applicazione del Codice del consumo, in ragione del suo carattere orizzontale e dell'ampiezza della nozione di pratica commerciale, si estende a tutte le attività poste in essere dai professionisti (anche nei confronti degli utenti di servizi digitali) prima, durante e dopo l'operazione commerciale. Giova peraltro rammentare l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia⁷⁴ dell'articolo 3(4) della Direttiva PCS secondo cui il "contrasto" tra le disposizioni di detta direttiva e altre norme comunitarie sussiste solo laddove queste ultime disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali imponendo ai professionisti, senza alcun margine di manovra, obblighi incompatibili con quelli stabiliti dalla direttiva 2005/29/CE. Sul piano dell'enforcement, l'articolo 27, comma 1-bis, del Codice del consumo, che costituisce trasposizione di tale norma europea, individua un criterio generale di ripartizione preventiva delle competenze tra AGCM e Autorità di Vigilanza in tutti i settori regolati, assegnando in via esclusiva all'AGCM l'enforcement rispetto a tutte le condotte che danno luogo a una pratica commerciale scorretta, comprese quelle che integrano al contempo la violazione di una norma di settore. La competenza delle Autorità di Vigilanza settoriali assume carattere residuale, confinata all'ipotesi in cui il comportamento non costituisca al contempo pratica commerciale scorretta.

65. Con specifico riguardo alla *Pratica J*, Meta ritiene che in luogo della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette siano applicabili il GDPR (e la rispettiva legge di attuazione irlandese) e la Direttiva *e-Privacy* (come recepita in Irlanda), con conseguente competenza esclusiva della DPA irlandese.

66. Nel caso di specie, tuttavia, non sussiste alcuna incompatibilità o antinomia tra le previsioni in materia di *data protection/privacy* e quelle in materia di protezione del consumatore. Infatti, l'oggetto di indagine non attiene alla correttezza del trattamento dei dati personali da parte della piattaforma, ma alla chiarezza, immediatezza e completezza dell'informazione circa lo sfruttamento di tali dati ai fini commerciali nell'ambito di un "rapporto di consumo". Tale rapporto si configura anche in assenza di un esborso monetario. Ciò in quanto, ad oggi⁷⁵, al patrimonio informativo costituito dai dati degli utenti è riconosciuto un valore economico. Sul punto giova richiamare il consolidato orientamento della Commissione europea, volto a riconoscere che "[i] dati personali, le preferenze dei consumatori e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico de

⁷⁴ Corte di Giustizia UE, 13 settembre 2018, cause riunite C-54/17 e C-55/17 – *AGCM vs. Vodafone; AGCM vs. Wind* (Vendita di carte SIM).

⁷⁵ Cfr. anche l'art. 45, co.1, lett. d-bis del Codice del consumo, che amovra il "dato personale", come definito da GDPR, tra i beni rilevanti al fine dell'applicazione della disciplina in materia di diritti dei consumatori nei contratti.

*facto*⁷⁶. In linea con tale assunto, la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto esplicitamente il fenomeno della "patrimonializzazione" del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali, e la conseguente applicabilità della disciplina consumeristica, asserendo che "il patrimonio informativo costituito dai dati degli utenti e la profilazione degli utenti medesimi a uso commerciale e per finalità di marketing (...) acquista proprio in ragione di tale uso, un valore economico idoneo (...) a configurare l'esistenza di un rapporto di consumo tra il Professionista e l'utente"⁷⁷. Il giudice ha inoltre specificato che "la patrimonializzazione del dato personale (...) costituisce il frutto dell'intervento delle società (Ndr: le allora Facebook Inc. e Facebook Ireland Ltd.) attraverso la messa a disposizione del dato - e della profilazione dell'utente - a fini commerciali"⁷⁸. Ne consegue che "gli operatori [devono] rispettare nelle relative transazioni commerciali quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore, che deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso all'adesione ad un contratto per la fruizione di un servizio, quale è quello di utilizzo di un social network"⁷⁹. L'utente che rende disponibili i propri dati al fine di poter utilizzare gratuitamente i servizi offerti da IG "si trasforma tecnicamente in consumatore"⁸⁰; in quanto tale, egli ha diritto a che le relative pratiche commerciali siano poste in essere secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà.

67. Quanto alla **Pratica 2**, il Professionista ritiene che verrebbe in rilievo un complesso sistema di Regolamenti, Direttive, norme di *soft law* e norme di autoregolamentazione che disciplinerebbero compiutamente e con un approccio multilivello i c.d. servizi intermediari.

68. Con riguardo ai rapporti tra tale complesso normativo e disciplina consumeristica si richiama e si ribadisce quanto sopra affermato circa il carattere orizzontale del Codice del consumo, l'ampiezza della nozione di pratica commerciale e la portata del principio di specialità.

69. Inoltre, con specifico riferimento al DSA, non sussiste alcun contrasto tra le disposizioni in materia di tutela del consumatore e quelle dettate da tale Regolamento. Infatti, è lo stesso DSA (cfr. articolo 2, ma anche il considerando 10) a fare espressamente salvo il diritto europeo in materia di tutela dei consumatori⁸¹. Peraltro, la "Risoluzione del Parlamento europeo del 12 dicembre 2023 sulla progettazione di servizi online che crea dipendenza e sulla tutela dei consumatori nel mercato unico dell'UE", nel prendere atto delle diverse previsioni normative già in vigore, tra cui il DSA (espressamente richiamato nei "visti"), ritiene in ogni caso possibile vietare tali condotte nell'ambito del vigente quadro normativo di tutela del consumatore (punto 6).

⁷⁶ Commissione europea, "Orientamenti per l'attuazione/applicazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali", SWD(2016)01163, pag. 24.

⁷⁷ Tar Lazio, 10 gennaio 2020, nn. 260, 261, PSI/1112 - Facebook, poi confermata da Consiglio di Stato. La pronuncia è poi ripresa nei medesimi termini da Tar Lazio, 18 novembre 2022, n. 15326, PSI/147 - Google.

⁷⁸ Consiglio di Stato, 29 marzo 2021, n. 2630, PSI/1112 - Facebook.

⁷⁹ Tar Lazio, 10 gennaio 2020, n. 260, confermato da Consiglio di Stato, 29 marzo 2021, n. 2631.

⁸⁰ Consiglio di Stato, 29 marzo 2021, n. 2631.

⁸¹ Art. 2(4) DSA: "Il presente regolamento non pregiudica le norme stabilite da altri atti giuridici dell'Unione che disciplinano ulteriori aspetti della prestazione di servizi intermediari sul mercato interno o che precisano e integrano il presente regolamento, in particolare i seguenti atti: (...) il diritto dell'Unione in materia di protezione dei consumatori e sicurezza dei prodotti, compresi i regolamenti (UE) 2017/2394 e (UE) 2019/1020 e le direttive 2001/85/CE e 2013/11/UE".

70. Non appare poi fondato il rilievo di Meta relativo al **Principio del Paese d'origine** (e alle recenti affermazioni della Corte di Giustizia⁸²), che impedirebbe all'Autorità di imporre al Professionista obblighi "regolamentari" diversi da quelli previsti dall'ordinamento ove il Professionista si è stabilito. Si ribadisce che l'Autorità non adotta un provvedimento generale ed astratto applicabile indistintamente a qualsiasi prestatore di una categoria di servizi della società dell'informazione ma, al contrario, un provvedimento "necessario" e "proporzionato" per la salvaguardia di un interesse specifico, ovvero la tutela dei consumatori, reso nei confronti di uno specifico Professionista e riguardante un "determinato" servizio (FB e IG). Ciò è quanto espressamente consentito dall'articolo 3, paragrafo 4, della Direttiva *E-Commerce*⁸³.

71. Alla luce di tutto quanto sopra, si ritengono infondate tutte le eccezioni sulla competenza dell'Autorità.

72. Non appaiono, infine, fondati tutti i rilievi che, invocando il **Principio di leale collaborazione** e, ancora, quello del **Paese d'Origine**, imputano all'Autorità di non essersi preliminarmente coordinati e aver coinvolto la Commissione europea e le autorità irlandesi ritenute da Meta competenti (CCPC, DPA, CM).

73. Come specificato nel descrivere l'iter procedimentale, infatti, l'Autorità ha provveduto anzitutto a presentare una richiesta alla CCPC tramite la rete IML, ai sensi dell'articolo 5, comma 3, lettera a), del D. Lgs. 70/2003. Tale richiesta è rimasta priva di riscontro. Successivamente l'AGCM ha trasmesso alla stessa CCPC e alla Commissione europea, tramite il sistema di informazione del mercato interno, la notifica di cui all'articolo 5, comma 3, lettera a), del D. Lgs. 70/2003.

b) Valutazioni sull'imputabilità delle pratiche a Meta Platforms Inc.

74. Le condotte sono imputate a:

- **Meta Platforms Ireland Ltd.**, in quanto, in base alle evidenze acquisite, soggetto responsabile per la fornitura dei servizi FB e IG in tutta l'Unione europea, inclusa l'Italia;

- **Meta Platforms Inc.**, in quanto società controllante al 100% Meta Platforms Ireland Ltd.⁸⁴ e soggetto che trae vantaggio economico dalle condotte qui in esame, essendo capogruppo del "gruppo Meta". Il fatturato consolidato 2023 di Meta Inc. è, infatti, costituito per il quasi 98% dalla pubblicità diffusa sulle *app* del gruppo basata tra l'altro sull'utilizzo dei dati dei propri utenti a fini di profilazione⁸⁵.

Quanto all'imputabilità delle pratiche anche a Meta Platforms Inc., in risposta alle argomentazioni della Parte, si richiama anzitutto il principio affermato dalla giurisprudenza, in base al quale "[n]ella materia antitrust [...] in presenza di una società che detiene il 100% del capitale sociale di un'altra

⁸² Corte di Giustizia UE, 9 novembre 2023, C-536/22, *Meta Platforms Ireland and Others vs. Kommúrkæta*.

⁸³ Ai sensi di tale norma gli Stati membri possono adottare provvedimenti in deroga al principio di stabilimento per quanto concerne un determinato servizio della società dell'informazione, a condizione che i provvedimenti in parola siano (i) necessari, in le altre cose, alla tutela dei consumatori; (ii) relativi a un determinato servizio della società dell'informazione; (iii) proporzionati a tali obiettivi.

⁸⁴ Dai bilanci di Meta Platforms Ireland Limited prodotti agli atti, relativi agli esercizi 2021 e 2022, emerge che l'intero capitale sociale della società irlandese è detenuto da Facebook International Operations Limited e che, in ultima istanza, la società capogruppo e controllante sia Meta Platforms Inc. - Cfr. AB, 17 a Doc, 25 e AB, 6 a Doc, 107: "*Meta Platforms Ireland Limited [formerly Facebook Ireland Limited] is wholly owned by Facebook International Operations Limited, a company incorporated in the Republic of Ireland. Its ultimate holding company and controlling party is Meta Platforms, Inc., (formerly Facebook, Inc.) a company incorporated in the United States of America*".

⁸⁵ Fonte SEC: <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1326801/000132680124000012/Meta-20231231.htm>.

società, si presume che la società controllante eserciti un'influenza determinante nello svolgimento dell'attività della controllata, tale da farla ritenere responsabile per gli illeciti da quest'ultima materialmente realizzati. [...] Il principio per il quale la controllante risponde dell'illecito antitrust posto in essere dalla controllata deve essere applicato anche in materia di sanzioni per pratiche commerciali scorrette. [...] La segnalata diversità dei due pacchetti normativi (antitrust e tutela del consumatore) non elide la matrice e la ratio comune degli stessi, che, quand'anche sotto diversi angoli visuali, attingono, per entrambi, alla tutela dell'endiadi costituito dal mercato e dalla libertà di concorrenza⁸⁶. Giova altresì ricordare quanto affermato dal Consiglio di Stato in relazione a un precedente procedimento nel quale le pratiche commerciali scorrette erano imputate alle medesime Meta Platforms Inc. e Meta Platforms Ireland Ltd.⁸⁷, ossia che "nel diritto antitrust rileva la nozione sostanziale di impresa che si basa sulla nozione di unità economica unitaria che può essere destinataria di sanzioni amministrative. Nella logica delle categorie civilistiche interne vengono in rilievo la nozione di società capogruppo e società controllate. In questi casi, per avere una nozione sostanziale unitaria di impresa, è necessario che la società capogruppo controlli le altre società e sia in grado di esercitare una influenza dominante. Ma l'esistenza di una influenza dominante non esclude, come è avvenuto nel caso di specie, che possa imputarsi una responsabilità "da condotta" (anche omissiva) a carico della società controllante"⁸⁸. Non si afferma, pertanto, in siffatte ipotesi una "responsabilità da posizione", ma si procede ad accertare che ciascuna società con la propria condotta, quale risultato di una strategia comune, ha violato la normativa consumeristica, il tutto "in applicazione del diritto antitrust e in conformità ai principi della personalità della responsabilità"⁸⁹.

75. Alla luce dei richiamati principi, si ritiene che le condotte oggetto del procedimento devono essere imputate anche a Meta Platforms Inc. in quanto società in grado di esercitare, in ragione del controllo totalitario, un'influenza determinante sull'attività di Meta Platforms Ireland Ltd. In ogni caso, Meta Platforms Inc. ha contribuito con il proprio comportamento alla realizzazione delle pratiche commerciali scorrette e ha beneficiato delle condotte scorrette di Meta Platforms Ireland Ltd.

c) Valutazioni nel merito

76. L'avvio del procedimento ipotizzava due violazioni da parte di Meta in relazione alle pratiche commerciali descritte alla sezione II, la cui scorrettezza è confermata nei limiti di seguito evidenziati, alla luce delle evidenze istruttorie.

In particolare:

i) Pratica 1

77. Il Professionista, attuando la condotta *sub A*), fino al 25 marzo 2024, non ha informato immediatamente e adeguatamente, nel processo di registrazione via *web* alla piattaforma IG (ossia

⁸⁶ Tar Lazio, 10 gennaio 2020, n. 261, *PS11112 - Facebook*; Tar Lazio, 16 ottobre 2017, n. 10360, *PS2064 - G&M Maggi*; Tar Lazio, Roma, sez. I, 2 novembre 2012, n. 9001, che richiama Corte di Giustizia UE, 16 novembre 2000, *Stow Kopywitsky Bergsloot AB v. Commission*, C-286/98 P, punto 29.

⁸⁷ All'epoca denominate Facebook Inc. e Facebook Ireland Ltd.

⁸⁸ Consiglio di Stato, 29 marzo 2021, n. 2630, *PS11112 - Facebook*.

⁸⁹ *Ibidem*.

l'esperienza tramite *desktop/browser*), dell'attività di raccolta e utilizzo dei dati dell'utente per finalità commerciali, così da falsarne il comportamento e indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (ossia se registrarsi o meno ad IG).

78. Alla luce degli elementi istruttori raccolti risulta, infatti, che Meta ha ivi omesso di fornire l'indicazione *"Noi finanziamo i nostri servizi usando i tuoi dati personali per mostrarti le inserzioni"* ai propri utenti, già presente nel flusso di registrazione tramite *app*.

79. In tal modo il Professionista non ha messo a disposizione del consumatore immediata ed adeguata informativa su un elemento essenziale del rapporto di consumo, costituito dall'utilizzo a fini remunerativi dei dati dell'utente⁹⁰.

80. Le informazioni reperibili cliccando sui *link* inseriti nel processo di registrazione, anche a seguito delle modifiche apportate il 6 marzo 2024, non sanano le lacune informative riscontrate. In particolare, con riguardo alle condizioni d'uso IG alle quali uno dei predetti *link* reindirizza, (alcune) informazioni sull'uso dei dati dell'utente sono rinvenibili nell'ambito di un'informativa ampia e generalizzata sull'utilizzo della piattaforma solamente dopo diversi *scroll*. Peraltro, in tale contesto l'uso dei dati dell'utente da parte di Meta viene presentato soprattutto in termini di miglioramento del servizio offerto, "diluendo" in tal modo l'informativa relativa ai rischi connessi alla cessione dei propri dati.

81. L'informativa è stata dunque resa in modo fuorviante, lacunoso e senza la dovuta immediatezza, così da indurre il consumatore ad assumere una decisione – sull'isciversi o meno a IG – diversa da quella che avrebbe preso se fosse stato correttamente informato. Al proposito si osserva che la condotta di Meta deve essere calibrata con riguardo a un consumatore medio, ossia né pienamente informato e avveduto né completamente disinformato e sprovvisto. Diversamente da quanto ritiene il Professionista, pertanto, tale figura non può pertanto coincidere con una tipologia di consumatore che abbia necessariamente particolare dimestichezza e frequentazione di siti Internet, che consentano al medesimo di orientarsi, con avveduta dimestichezza e con sicura pratica, tra "link" e rinvii da una sezione ad altra del sito⁹¹ né particolare conoscenza del modello di *business* del Professionista.

82. Tale condotta risulta, quindi, ingannevole e, al contempo, contraria a quelle regole di comportamento corrispondenti a un livello di conoscenze specialistiche di cure e attenzione che i consumatori ragionevolmente si attendono da un Professionista come Meta⁹².

83. Peraltro, nel caso di specie, i principi generali di correttezza e buona fede nel settore di attività di Meta – e, dunque, il livello di diligenza professionale atteso dall'ordinamento – erano in concreto noti al Professionista fin dall'epoca dell'avvio. Ciò in quanto una condotta analoga, con riguardo a

⁹⁰ Cfr. Consiglio di Stato, 29 marzo 2021, n. 2031, *PS11112 - Facebook*, in particolare §11, ma anche consolidata giurisprudenza ivi richiamata.

⁹¹ Cfr. Tar Lazio, 3 marzo 2020, n. 1418, *PS10702 - Wind 3 (Ev-My)*; e, conformi, Tar Lazio, 1.21 luglio 2023, n. 12340, *PS12003 - Vauxs*.

⁹² Cfr. Corte di Giustizia UE, 19 settembre 2013, causa C-435/11: *"La verifica di arguibilità della pratica commerciale integra di per sé la contrarietà alla «diligenza professionale» e non vi è quindi la necessità di verificare se sia altrimenti escluso il relativo requisito"*.

FB, era già stata vagliata e censurata dall’Autorità⁹³, con provvedimento poi confermato dalla giurisprudenza⁹⁴.

84. A partire dal 25 marzo 2024 la descritta omissione informativa risulta sanata, avendo Meta inserito il citato *disclaimer* anche nella pagina *web* di registrazione a IG, rendendo l’informazione disponibile nell’esperienza tramite *desktop/browser* al pari di quanto lo fosse nell’esperienza via *app*.

l) Pratica 2

85. Preliminarmente, occorre rilevare l’infondatezza delle osservazioni sullo scarso numero di reclami e recensioni negative presi in considerazione dell’Autorità. Infatti, l’asserita esiguità delle segnalazioni non rileva ai fini della configurabilità della scorrettezza delle pratiche. Ciò in quanto, per pacifica giurisprudenza, le pratiche commerciali scorrette costituiscono un illecito di pericolo, con la conseguenza che deve essere effettuato un giudizio prognostico *ex ante* avendo riguardo alla potenzialità lesiva del comportamento del Professionista. Pertanto, l’offensività non va determinata con riferimento al numero di segnalazioni in concreto ricevute (o rinvenute) dall’Autorità, ma con esclusivo riguardo al potenziale lesivo delle pratiche⁹⁵.

86. Con riguardo alla prima delle due condotte costituenti la *Pratica 2* – ossia la *condotta sub B*) – si rileva anzitutto che Meta non rende un *preavviso* della sospensione dell’account laddove l’ordinamento impone l’immediato intervento della piattaforma⁹⁶. Inoltre, il Professionista ha dimostrato, per gli altri casi, di fornire tale preavviso, sotto forma di “ ammonimento ”, al momento della previa rimozione dei contenuti.

87. Alla luce dei nuovi elementi addotti o meglio precisati da Meta nella propria memoria conclusiva è emerso che Meta forniva *ab origine* e con riguardo a entrambe le piattaforme indicazione della *policy* violata e, dunque, delle motivazioni che hanno condotto all’interruzione del servizio *sub specie* di sospensione dell’account.

88. Premesso quanto sopra, Meta risulta:

a) non aver indicato le modalità (automatizzata o manuale) con cui è stata assunta la decisione di sospendere l’account, ossia di interrompere i propri servizi, ma ciò solo riguardo a FB;

b) non aver fornito indicazioni, con riguardo a entrambi i *social network*, della possibilità di contestare la decisione, oltre che con ricorso interno, anche adendo un organo di risoluzione extragiudiziale delle controversie o ricorrendo a un giudice per contestare la decisione del Professionista e aver previsto un termine relativamente breve (di 30 giorni) per contestare tramite ricorso interno diretto a Meta la decisione del Professionista.

89. Entrambi i profili risultano superati alla luce delle modifiche apportate da Meta ad agosto 2023 e, quindi, allo stato cessati. Le informazioni mancanti sono state infatti aggiunte all’informativa

⁹³ Cir. Delibera n. 27432 del 29 novembre 2018 - *PS11112 - Facebook*, ma anche, con riferimento al procedimento di inottemperanza IP30, la Delibera dell’Autorità n. 28562 del 9 febbraio 2021.

⁹⁴ Cir. Consiglio di Stato, 29 marzo 2021, nn. 2630 e 2631, *PS11112 - Facebook - Condivisione dati con terzi*, ma anche, Tar Lazio, 16 febbraio 2024, n. 3159/2024.

⁹⁵ Cir. *ex parte*, Tar Lazio, 22 dicembre 2020, n. 13882, *Starwegasovv*; Tar Lazio, 1, 3 ottobre 2023, n. 14590, *PS10821 - Folwer*; Tar Lazio, 24 giugno 2020, n. 7078, *PS5064 - Finanza Italia*.

⁹⁶ Art. 6 DSA.

resa agli utenti al momento della sospensione dell'account e il termine per il ricorso interno è stato esteso a 180 giorni.

90. Secondo Meta, tali comportamenti non sarebbero stati connotati da profili di scorrettezza in quanto insuscettibili di impattare sulle scelte economiche di un consumatore medio poiché non attinenti ad una sua scelta negoziale, ma a una fase successiva e patologica. Inoltre, limitatamente alla omessa indicazione degli strumenti di contestazione della decisione assunta da Meta diversi dal "ricorso interno", l'utente medio sarebbe a conoscenza della possibilità di adire le vie giurisdizionali.

91. Quanto al primo rilievo, l'omessa indicazione di informazioni utili a contestare l'internazione dei servizi FB e IG non può essere ritenuta conforme alla diligenza professionale attesa da un operatore come Meta. Per il consumatore non è indifferente, ai fini di un'eventuale contestazione della decisione assunta dal Professionista, conoscere le modalità con cui tale decisione è stata adottata. Anche l'indicazione dei mezzi alternativi al ricorso interno (organo giurisdizionale o stragiudiziale) è rilevante, potendo il consumatore ritenere, in difetto della stessa, che quest'ultimo sia l'unico mezzo a disposizione per contestare la decisione di Meta. Il consumatore, infatti, potrebbe considerare che *social network* come IG e FB, essendo di dimensione "sovranazionale", siano in qualche modo insindacabili dal giudice nazionale o da soggetti diversi da Meta, quali gli organi stragiudiziali di risoluzione delle controversie (ADR).

92. Peraltro, l'internazione dei servizi offerti da Meta, in concreto, impedisce all'utente di svolgere attività sociali o professionali a esso collegate e considerabili "essenziali" nella società contemporanea (c.d. "*de-platforming*"): il Professionista diligente avrebbe quindi senz'altro dovuto fornire ai soggetti privati del servizio la più ampia informativa, anche circa le modalità di contestazione ed eventuale risoluzione delle problematiche riscontrate, al fine di "reintegrare" nel *social network* l'utente affetto dalla misura sospensiva.

93. Quanto alla seconda difesa formulata da Meta, occorre ricordare che la definizione di pratica commerciale, dettata dall'articolo 18, lettera *d*), del Codice del consumo ha un'estensione molto ampia. Essa, infatti, ricomprende ogni pratica, attiva o omissiva, realizzata prima, durante e dopo un'operazione commerciale riguardante un prodotto o un servizio, incluso un servizio digitale⁹⁷. L'ambito di applicazione oggettivo si estende, dunque, dal primo contatto tra le parti fino all'esecuzione del contratto e, addirittura, anche dopo la cessazione del medesimo contratto. Pertanto, il fatto che la pratica non riguardi una fase in senso stretto "negoziale" o "pre-negoziale", ma una fase esecutiva/successiva, sebbene patologica, del contratto tra Meta e l'utente, non esclude che essa sia idonea a falsarne le scelte di natura commerciale.

94. Con riguardo alla seconda condotta costituente la **Pratica 2 – condotta sub C)** – all'esito dell'istruttoria risulta che:

- Meta metteva a disposizione *ab origine* per entrambi i *social network* anche strumenti che prescindono dall'invio di "codici di recupero" ai punti di contatto degli utenti (indirizzi *email* o numeri di telefono); a titolo esemplificativo, *[omissis]*;

- il riconoscimento tramite *[omissis]* era stato da sempre a disposizione per entrambe le piattaforme e si aggiungeva agli altri strumenti di recupero sopra indicati.

Infine, nonostante gli strumenti di recupero fossero già sufficienti, Meta ha spontaneamente introdotto nelle more dell'istruttoria ulteriori strumenti, come *[omissis]* (agosto 2023 per entrambe

⁹⁷ Cf. art. 18, co. 1, lett. c), Codice del consumo.

le piattaforme), *[omissis]* (introdotta nel luglio 2023 per FB e nel dicembre 2023 per IG), *[omissis]* (introdotta nel luglio 2023 per FB e nel mese di maggio 2024 per IG).

d) Valutazioni sulla posizione dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

95. L’AGCOM ha deliberato di non procedere al rilascio del parere richiesto con riguardo alla “condotta descritta nella documentazione allegata”, invocando l’applicabilità di quella che la stessa Autorità definisce “normativa di settore” di sua competenza – ossia gli articoli 17 e 23 del DSA – e ritenendo che i profili di contestazione della “condotta” contestata non appaiono “collegati a una qualche pratica commerciale”. Al riguardo, si osserva quanto segue.

96. Anzitutto, l’AGCOM, facendo generico riferimento alla “condotta descritta nella documentazione allegata” e ai rispettivi “profili di contestazione della condotta così come prefigurati nella richiesta di parere”, ha espresso le proprie considerazioni solo in relazione alla seconda delle due pratiche commerciali contestate, e in particolare alla sola condotta sub B) all’interno di essa, omettendo di esprimersi del tutto sulla prima pratica. Infatti, gli invocati articoli 17 e 23 DSA non paiono intersecare nemmeno astrattamente i profili relativi alla **Pratica 1**.

97. In ogni caso, nel merito delle valutazioni formulate da AGCOM con riguardo alla **Pratica 2**, vale richiamare quanto sopra già ampiamente chiarito circa la ratio e la valenza dell’articolo 27, comma 1-bis, del Codice del consumo, che individua un criterio generale di ripartizione preventiva delle competenze tra AGCM e Autorità di Vigilanza in tutti i settori regolati, assegnando in via esclusiva all’AGCM l’enforcement rispetto a tutte le condotte che danno luogo a una pratica commerciale scorretta, comprese quelle che potrebbero al contempo integrare la violazione di una norma di settore. La disciplina consumeristica non trova infatti applicazione “unicamente quando disposizioni estranee a quest’ultima, disciplinanti aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, impongono ai professionisti, senza alcun margine di manovra, obblighi incompatibili con quelli stabiliti dalla direttiva 2005/29”⁹⁸. Tale principio ha trovato ampia conferma anche nella giurisprudenza amministrativa nazionale⁹⁹.

98. Nel caso di specie, non sussiste alcun “contrasto” nei termini sopra ricordati. Con riferimento alla **Pratica 2**, le due citate disposizioni (17 e 23 DSA) non individuano infatti obblighi incompatibili con quelli stabiliti dalla Direttiva 2005/29/CE, ma viceversa sono perfettamente coerenti con le valutazioni compiute nel caso di specie ai sensi della disciplina consumeristica.

99. In particolare, la prima di tali disposizioni (articolo 17 DSA) prevede che la piattaforma debba fornire agli utenti una motivazione chiara e specifica delle misure restrittive applicate a fronte di contenuti illegali o incompatibili con le proprie condizioni generali “al più tardi dalla data a partire dalla quale la restrizione è imposta” e che tali informazioni siano “il più possibile precise e specifiche” e siano “tali da consentire ragionevolmente al destinatario del servizio interessato di sfruttare in modo effettivo le possibilità di ricorso”. Nello stesso senso, il procedimento PS12566 è stato volto, sin dall’avvio, ad assicurare agli utenti delle due piattaforme gestite da META una informativa connotata dal carattere della preventività o al più della contestualità (in caso di sospensione), chiara ed esaustiva in ordine alle motivazioni poste a base dell’assunzione, da parte di Meta, delle misure restrittive adottate, con precipua attenzione all’indicazione della specifica policy

⁹⁸ Corte di Giustizia UE, 13 settembre 2018, cause riunite C-54/17 e C-55/17, cit.

⁹⁹ Consiglio di Stato 1° ottobre 2021, n. 6596; idem, 27 dicembre 2021, n.8620; idem, 27 settembre 2023, n. 1953.

violata dall'utente nel singolo caso, al fine di assicurare a quest'ultimo uno spazio di contraddittorio e di contestazione effettiva delle misure di volta in volta imposte, anche attraverso l'estensione del termine per il ricorso interno.

100. Parallelamente, l'articolo 23 DSA impone alle piattaforme *online* che procedono alla sospensione dei loro servizi a causa della ripetuta fornitura da parte dell'utente di contenuti manifestamente illegali di emettere "un avviso preventivo": anche rispetto a tale previsione normativa, il procedimento PS12566 è perfettamente coerente, essendo volto – come già detto – ad assicurare ai consumatori una comunicazione preventiva ed avendo in tale ottica verificato che Meta utilizza il sistema dei c.d. ammonimenti in caso di rimozione di contenuti manifestamente illegali, avvertendoli della possibilità di incorrere nella sospensione in caso di reiterazione, e inviando, al momento della sospensione degli account, l'informativa sopra descritta.

101. Fermo restando, quindi, l'assenza di alcun "contrasto" tra la disciplina consumeristica e le norme invocate dall'AGCOM, si ribadisce che è la stessa disciplina del DSA – dall'AGCOM definita alla stregua di "*normativa di settore*" – a non pregiudicare l'acquis in materia di tutela dei consumatori (cfr. articolo 2 e considerando 10 DSA).

102. Alla luce di tutto ciò, seppur astrattamente è possibile l'invio della richiesta di cooperazione transfrontaliera ex articolo 58 DSA al coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento del fornitore di servizi intermediari (l'autorità irlandese *Comisiún na Meán*), ciò non implica né giustifica la valutazione di AGCOM secondo cui nessuna pratica commerciale sarebbe integrata. Tale valutazione, ai sensi dell'articolo 27, comma 1-*bis* del Codice del consumo, spetta in via esclusiva all'AGCM, che ha accertato, nel caso di specie, la violazione del dovere di diligenza imposto al Professionista dall'articolo 20 del Codice del consumo.

e) Conclusioni

103. Alla luce delle evidenze riportate in fatto e delle considerazioni che precedono, risultano confermate, nei limiti sopra evidenziati, le due pratiche commerciali scorrette contestate in avvio.

104. La *Pratica 1* integra una violazione degli articoli 20, 21 e 22 del Codice del consumo in quanto il Professionista, attuando la condotta *sub A*), fino al 25 marzo 2024 non ha informato immediatamente, cioè in fase di attivazione e prima registrazione dell'account IG via *web*, dell'attività di raccolta e utilizzo, per finalità commerciali, dei dati dell'utente, così da indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (registrazione nella piattaforma IG per usufruire dell'omonimo servizio di *social network*).

105. La *Pratica 2* integra una violazione dell'articolo 20 del Codice del consumo in quanto, attuando la condotta *sub B*), Meta, fino al mese di agosto 2023, contrariamente agli obblighi derivanti dalla diligenza professionale attesa dalla piattaforma, ha omesso: i) con riguardo alla piattaforma FB, di indicare le modalità (automatizzata o manuale) con cui è stata assunta la decisione di sospendere l'account, ossia di interrompere i propri servizi; ii) con riguardo a entrambi i *social network*, di fornire indicazioni della possibilità di contestare la decisione di sospendere l'account, oltre che con ricorso interno, anche adendo un organo di risoluzione extragiudiziale delle controversie o ricorrendo a un giudice per contestare la decisione del Professionista e aver previsto un termine relativamente breve (di 30 giorni) per contestare tramite ricorso interno diretto a Meta la decisione del Professionista.

VI. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

106. Ai sensi dell'articolo 27, comma 9, del Codice del consumo, con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 10.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

107. Al riguardo si rileva che, per le ragioni sopra descritte, le condotte in esame si sono protratte anche in seguito all'entrata in vigore, in data 2 aprile 2023, del nuovo regime sanzionatorio, che ha aumentato il massimo edittale delle sanzioni irrogabili in materia di tutela del consumatore da cinque a dieci milioni di euro. Tale condotta è assimilabile a un'ipotesi di illecito permanente o continuato, rispetto a cui, in forza del principio *tempus regit actus*, trova applicazione il regime sanzionatorio vigente al momento in cui l'amministrazione provvede ad irrogare la sanzione stessa, ossia la nuova versione del citato articolo 27, comma 9, del Codice del consumo.

108. In presenza di una pluralità di condotte dotate di autonomia strutturale o funzionale, ascritte alla responsabilità dei professionisti, si applica il criterio del cumulo materiale delle sanzioni¹⁰⁰.

109. In ordine alla quantificazione delle sanzioni deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'articolo 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'articolo 27, comma 13, del Codice del consumo; in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

110. Ai fini della valutazione di gravità di entrambe le Pratiche, si tiene conto del fatto che il fatturato consolidato di Meta Platforms Inc., al 31 dicembre 2023, risulta pari a 122,23 miliardi di euro (fonte SEC, sulla base del tasso di cambio euro/dollaro 31 dicembre 2023), con un margine operativo lordo pari a circa 42 miliardi di euro. Il fatturato di Meta Platforms Ireland Ltd., al 31 dicembre 2022 (ultimo bilancio sottoposto a certificazione contabile fornito dalla Parte), risulta pari a 58,06 miliardi di euro, con un margine operativo lordo di circa 1,3 miliardi di euro.

111. Con riguardo alla gravità della Pratica 1, attuata tramite la condotta sub A, va altresì tenuto conto del pregiudizio subito dai consumatori, in quanto tale pratica riguarda un servizio di *social media* che utilizza il patrimonio informativo costituito dai dati degli utenti per la profilazione dei medesimi a uso commerciale, con conseguente assunzione da parte di tali dati di uno specifico valore economico.

112. Tuttavia, la pratica ha avuto diffusione solo parziale, interessando il solo processo di registrazione via web (*browser desktop*) e non anche quello tramite *app* (*mobile device*). Inoltre, a differenza dell'informativa che in passato era diffusa con riguardo a FB, nel caso corrente non era presente alcun *claim* di gratuità del servizio.

113. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che la pratica commerciale è stata posta in essere dal 28 marzo 2023¹⁰¹ al 25 marzo 2024, essendo la stessa cessata grazie alle modifiche apportate dal professionista.

114. Sulla base di tali elementi, si ritiene di determinare l'importo base della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Meta Platforms Inc. e Meta Platforms Ireland Ltd. in solido nella misura di 2.500.000 (*due milioni e cinquecentomila*) di euro.

¹⁰⁰ Cfr. tra le altre, Consiglio di Stato, 19 gennaio 2012, n. 209.

¹⁰¹ Cfr. doc. 1.

115. In considerazione del fatto che sussiste, nel caso di specie, una circostanza *aggravante* in quanto il Professionista ha posto in essere una condotta che parzialmente reitera quella già sanzionata dall'Autorità in relazione a FB (PS11112), si ritiene di determinare l'importo della sanzione nella misura di 3.000.000 (*tre milioni*) di euro.

116. Per quanto riguarda la **Pratica 2**, risultante dalla combinazione delle condotte *sub B) e C)*, con riguardo alla gravità della violazione si tiene conto del fatto che l'informativa resa da Meta agli utenti in occasione della sospensione dei servizi, pur risultando laddove possibile preventiva e indicando il motivo della misura adottata (*policy violata*), ometteva di specificare limitatamente a FB le modalità attraverso cui la violazione era stata riscontrata e non indicava, con riguardo a entrambe le piattaforme, i mezzi di contestazione diversi dal "ricorso interno", messi a disposizione dell'utente per impugnare tale misura; infine, Meta prevedeva un termine relativamente "breve" per attivare la procedura di ricorso interno. Si deve altresì tener conto del fatto che gli strumenti per il recupero dell'account messi a disposizione di Meta risultavano sufficienti a prestare un'adeguata tutela dell'utente a fronteggiare situazioni pur diversificate tra loro.

117. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che la pratica commerciale è stata posta in essere dal 28 marzo 2023¹⁰² all'agosto 2023, essendo cessata grazie alle modifiche apportate dal Professionista.

118. Sulla base di tali elementi, si ritiene di determinare l'importo base della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Meta Platforms Inc. e Meta Platforms Ireland Ltd. in solido nella misura di 1.000.000 € (un milione di euro).

119. In considerazione del fatto che sussiste, nel caso di specie, una circostanza *attenuante* in quanto il Professionista ha offerto fattiva collaborazione adottando nel corso dell'istruttoria *ulteriori* miglioramenti delle misure di recupero *account*, già per sé sufficienti, si ritiene di determinare l'importo della sanzione nella misura di 500.000 € (cinquecentomila euro).

RITENUTO, pertanto, sulla base delle considerazioni suseposte, che la **Pratica 1** risulta scorretta ai sensi degli articoli 20, 21 e 22 del Codice del consumo in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea, in ragione della non immediata informativa - cioè in fase di attivazione e prima registrazione dell'account IG via *web* - dell'attività di raccolta e utilizzo, per finalità commerciali, dei dati dell'utente, a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio, così inducendolo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso in relazione al servizio offerto dal Professionista;

RITENUTO, pertanto, in difformità da quanto deliberato dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e sulla base delle considerazioni suseposte, che la **Pratica 2** risulta scorretta ai sensi dell'articolo 20 del Codice del consumo in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea, mediante i) l'omessa indicazione delle modalità (automatizzata o manuale) con cui è stata assunta la decisione di sospendere l'account, con riguardo a FB e ii) l'omessa indicazione, con riguardo a entrambi i *social network*, della possibilità di contestare la decisione di sospendere l'account, oltre che con ricorso interno, anche adendo un organo di risoluzione extragiudiziale delle controversie o ricorrendo a un giudice per contestare la decisione del Professionista, nonché la previsione di un termine relativamente breve (di 30 giorni) per contestare tramite ricorso interno diretto a Meta la

¹⁰² Cf. doc. 3.

decisione del Professionista, a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio in relazione al servizio offerto dal Professionista;

DELIBERA

a) che la pratica commerciale descritta al punto II sub i) - *Pratica 1* - del presente provvedimento, posta in essere dalle società Meta Platforms Inc. e Meta Platforms Ireland Ltd., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli articoli 20, 21 e 22, del Codice del consumo e ne vieta la reiterazione;

b) che la pratica commerciale descritta al punto II sub ii) - *Pratica 2* - del presente provvedimento, posta in essere dalle società Meta Platforms Inc. e Meta Platforms Ireland Ltd., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi dell'articolo 20, del Codice del consumo e ne vieta la reiterazione;

c) di irrogare in solido alle società Meta Platforms Inc. e Meta Platforms Ireland Ltd., una sanzione amministrativa pecuniaria di 3.000.000 € (tre milioni di euro) per la violazione di cui alla lettera a);

d) di irrogare in solido alle società Meta Platforms Inc. e Meta Platforms Ireland Ltd., una sanzione amministrativa pecuniaria di 500.000 € (cinquecentomila euro) per la violazione di cui alla lettera b);

Le sanzioni amministrative irrogate devono essere pagate entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, tramite bonifico (in euro) a favore dell'Erario, utilizzando il codice IBAN IT0440100003245348018359214 (codice BIC: BITAITRENT), che corrisponde alla terna contabile 18/3592/14.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/1981, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio della documentazione attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Ai sensi dell'articolo 27, comma 12, del Codice del consumo, in caso di inottemperanza al provvedimento, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 10.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lett. b), del Codice del processo amministrativo (decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE
Guido Stazi

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

<i>Autorità garante della concorrenza e del mercato</i>	Bollettino Settimanale Anno XXXIV - N. 23 - 2024
<i>Coordinamento redazionale</i>	Giulia Antonucci
<i>Redazione</i>	Angela D'Auria, Valerio Ruocco, Mariela Villani Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato Direzione gestione documentale, protocollo e servizi statistici Piazza Giuseppe Verdi, 6/a - 00198 Roma Tel.: 06-858211 Fax: 06-85821256 Web: https://www.agcm.it
<i>Realizzazione grafica</i>	Area Strategic Design
