



# Ultimissime

11 Ottobre – 21 Novembre 2018

Milano, 22 novembre 2018

*Alice Setari*

# Indice

1. AGCM – Decisione SIAE
2. Giustizia Amministrativa – Sentenze «Big Four»
3. Giurisprudenza UE
  1. Sentenza Montessori (Aiuti di Stato)
  2. Sentenza GEA (Calcolo Sanzione)
  3. Sentenza Apple (*Private Enforcement*)

**AGCM**

**A508 – SIAE/Servizi intermediazione  
diritti d'autore**

# A508 – SIAE/Servizi intermediazione diritti d'autore

## Parti

**SIAE:** ente pubbl. eco. a base associativa, opera nell'attività di gestione e intermediazione dei DDA, concedendo le licenze d'uso, riscuotendo i compensi e ripartendo i proventi.

**Soundreef:** denunciante, società attiva dal 2011 nella gestione collettiva dei DDA in vari paesi.

**Innovaetica:** denunciante, *start-up*, dal 2013 sviluppa e gestisce portale Patamu che consente deposito opera per generare prova d'autore vs. il plagio e offre assistenza legale per tutela DDA.

## Monopolio SIAE

**Art. 180 LdA:** sino al 15.10.2017 SIAE gode di un monopolio legale nella gestione dei DDA.

**Dal 15.10.2017, Direttiva Barnier:** sia organismi di gestione collettiva (**OGC** – come SIAE) che entità di gestione indipendenti (**EGI** – come Soundreef) abilitati a svolgere attività di gestione dei DDA; **estensione della riserva di legge prevista per SIAE anche per tali organismi.**

## Mercati Rilevanti Nazionali e Dominanza

(i) Mercati della **prestazione di servizi di gestione dei DDA ad autori e editori** (tutela plagio, gestione servizi dei DDA, monitoraggio/reportistica delle utilizz., riscossione, ripartizione).

(ii) Mercati della **concessione agli utilizzatori di licenze** per i diritti su opere coperte dal DDA.

(iii) Mercati della **prestazione di servizi di gestione dei DDA per conto di altre *collecting* straniere.**

# A508 – SIAE/Servizi intermediazione diritti d'autore

## Perimetro dell'Infrazione e Finalità Escludente

**Infrazione circoscritta alle attività della SIAE non coperte dalla riserva di legge:** (i) utilizzo *online* di opere; (ii) opere straniere; (iii) autoproduzione; e (iv) tutela del plagio.

**Abuso escludente finalizzato a:** (i) escludere i concorrenti dai mercati non inclusi nella riserva di legge; (ii) ostacolare ricorso all'autoproduzione; e (iii) estendere e mantenere monopolio in ambiti estranei all'art. 180 LdA.

## Condotte Contestate

Imposizione di vincoli nell'offerta di servizi tali da ricomprendere nel mandato relativo ai servizi rientranti nella riserva anche quelli erogabili in concorrenza.

Imposizione di vincoli per assicurare a SIAE la gestione dei DDA dei titolari non iscritti (anche se non volevano avvalersi dei servizi di SIAE).

Esclusione dei concorrenti dai mercati relativi alla concessione di licenze alle emittenti TV che volevano rivolgersi a *collecting* concorrenti.

Esclusione dei concorrenti dai mercati relativi alla gestione dei DDA di repertori esteri e per conto di *collecting* estere.

## Sanzione

**Abuso considerato grave:** SIAE, pur non perseguendo scopo di lucro, rappresenta la quasi titolarità dei DDA attivi in Italia, ha fatto leva su posizione di monopolio e con consapevolezza dell'illiceità della condotta.

**Durata:** dal gennaio 2012 e ancora in corso in quanto SIAE continua a imporre indebiti vincoli ai propri iscritti, *bundling* di servizi e altre condotte escludenti.

**Sanzione simbolica di € 1.000:** in ragione del contesto (mercati attigui a riserva di legge sino a 15.10.2017), e specificità, complessità e novità delle contestazioni.

**GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA**  
**SENTENZE «BIG FOUR»**

# I796 - SERVIZI DI SUPPORTO E ASSISTENZA TECNICA ALLA PA NEI PROGRAMMI COFINANZIATI DALL'UE

## Decisione AGCM del 18.10.2017

Parti:

Deloitte & Touche S.p.A. + Deloitte Consulting S.r.l.

PricewaterhouseCoopers S.p.A. + PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A.

Ernst & Young S.p.A. + Ernst & Young Financial – Business Advisors S.p.A.

KPMG S.p.A. + KPMG Advisory S.p.A.

- Hanno posto in essere **un'intesa in violazione dell'art. 101 TFUE consistente in una pratica concordata con la finalità di condizionare gli esiti della procedura di gara bandita dalla Consip S.p.A.** per l'aggiudicazione dei servizi di assistenza tecnica alle autorità di audit istituite presso le singole PA titolari dei programmi di sviluppo cofinanziati dall'Unione europea per il periodo 2014-2020, attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti.
- **AGCM accerta responsabilità della società di ciascun network delle Big Four che aveva effettivamente partecipato alla gara + estende responsabilità ad un'altra società di ciascun network operativa in Italia.**



# 1. TAR Lazio, Sez. I, n. 11000, 11002, 11003/2018, 14.11.2018 (KMPG Advisory Spa, Ernst & Young F.B.A. Spa, Deloitte Consulting Srl)

Per AGCM tutte le società parti del procedimento appartenenti ai medesimi “network” erano qualificabili come unica entità economica e quindi parimenti responsabili:

1. Si muovevano sul mercato in maniera coordinata, alla stregua di un'unica entità economica;

2. Avevano **partecipato attivamente** alla scelta delle strategie della specifica gara in esame e collaborato nella redazione dell'offerta;

3. Condividevano varie funzioni aziendali, tra cui l'**ufficio gare**; e

4. Condividevano **risorse professionali e strutturali** (sedi e risorse informative), adottavano strategie di comunicazione unitarie e fornivano dati relativi al “network” a livello aggregato.

TAR Lazio accoglie e annulla: se pure la nozione di impresa ai fini antitrust è autonoma rispetto a qualificazioni esistenti, devono sussistere una serie di elementi che AGCM non ha dimostrato:

1. Per individuare un «gruppo societario» assume rilevanza l'attività di «**direzione**» e «**coordinamento**» di una società sulle **altre** (indimostrata nel caso di specie);

2. Le società **non avevano partecipato alla gara** e dunque non ne avevano tratto alcun vantaggio economico (ed indimostrato che società avessero concordato strategia di gara);

3. Le società avevano dimostrato che l'ufficio gare in comune si limitava a una mera attività amministrativa e **non aveva alcuna centralità nella decisione della strategia di gara**; e

4. Assente la dimostrazione di un comportamento unitario nel mercato delle persone giuridiche del “network” al fine di poterle considerare appartenenti alla medesima impresa.



## 2. TAR Lazio, Sez. I, n. 10996, 10997, 10999, 11004/2018, 14.11.2018 (KPMG S.p.A., PWC, PWCA S.p.A., Deloitte & Touche S.p.A., E&Y S.p.A.)

### Decisione AGCM del 18.10.2017

Le parti avrebbero dato luogo a un'intesa *«evidentemente segreta, di tipo orizzontale...mirante a condizionare la dinamica della riferita gara»*. La condotta contestata da considerarsi tra le violazioni più gravi della normativa antitrust così da rientrare nella **qualificazione di infrazione «molto grave»**.

**AGCM qualificato l'intesa come «segreta» e applicato maggiorazione massima del 30%:**

1. Per coinvolgimento unicamente delle parti interessate;
2. Intesa attuata attraverso organizzazione di incontri «non pubblici»; e
3. Non reperiti verbali ufficiali degli incontri e argomenti degli incontri non riscontrati in e-mail.

**Punti 11 e 12, Linee Guida Calcolo Sanzioni:** *«11. La percentuale da applicarsi al valore delle vendite cui l'infrazione si riferisce sarà determinata in funzione del grado di gravità della violazione. Tale percentuale non sarà superiore al 30% del valore delle vendite. 12. Nel valutare la gravità della violazione, l'Autorità terrà conto in primo luogo della natura dell'infrazione. L'Autorità ritiene che le intese orizzontali segrete di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione costituiscano le più gravi restrizioni della concorrenza. Al riguardo, l'eventuale segretezza della pratica illecita ha una diretta relazione con la probabilità di scoperta della stessa e, pertanto, con la sanzione attesa. Per questo tipo di infrazioni, la percentuale del valore delle vendite considerata sarà di regola non inferiore al 15%.»*



## 2. TAR Lazio, Sez. I, n. 10996, 10997, 10999, 11004/2018, 14.11.2018 (KPMG S.p.A., PWC, PWCA S.p.A., Deloitte & Touche S.p.A, E&Y S.p.A.)

### Qualificazione Gravità e Motivazione della Sanzione

Pur in presenza di un'intesa « grave », per applicare **maggiorazione gravità pari o superiore a 15%**, **occorrono ulteriori elementi** (e.g. segretezza).

AGCM per accertare **pratica concordata** può usare indizi (per difficoltà *smoking-gun*); però per quantificazione sanzione deve sempre motivare tutti gli aspetti.

Altrimenti, ogni pratica concordata sarebbe «segreta», in **contrasto con Linee Guida** (che individuano segretezza come elemento ulteriore dell'intesa).

### Prova della Segretezza

Per dimostrare «segretezza» occorre riscontrare **ulteriori circostanze** (congruamente motivate e circostanziate) idonee a far ritenere la precisa e determinata volontà delle parti di occultare ogni contatto avvenuto.

AGCM non ha dimostrato questo «*quid pluris*», e.g. incontri clandestini, appunti occultati, uso di «schermi» profess., etc. Non sufficienti contatti fondati su email e incontri avvenuti in sedi pubbliche/convocate con rif. alla gara.

### Entry Fee

AGCM applica anche **Entry Fee in % massima del 25%** (Linee Guida: Entry Fee 15%-25%)

TAR concorda che l'intesa è “per oggetto”, ma **l'analisi degli effetti** è rimasta senza adeguati approfondimenti.

Imprese tra le più rilevanti del settore e infrazione tra le più gravi (*bid rigging*), **ma** una sola gara, effetto spartitorio parziale, no recidive, etc.

**TAR accoglie e dispone ricalcolo della sanzione: infrazione è grave ma non segreta (maggiorazione congrua per gravità è del 10%); e Entry Fee va applicata nella % minima del 15%.**

# **GIURISPRUDENZA UE**

# 1. Sentenza del 6.11.2018, cause riunite C-622, 623, 624/16 P *Scuola Montessori e P. Ferraci c. Comm.*

## Fatti

**Modifica ambito applicazione ICI: esenzione da ICI** di cui beneficiavano gli enti non commerciali **applicabile anche a prescindere dalla natura commerciale delle attività.**

**2006-2007: denunce** a Comm. da Scuola Montessori e B&B Ferraci.

**Decisione 2012:** esenzione da ICI per attività scolastiche e alberghiere è aiuto illegale ma **Comm. non ordina recupero considerandolo assolutamente impossibile** (ex art. 14 Reg. 659/1999); «*ad impossibilia nemo tenetur*» è principio generale del diritto.

## Sentenza del Tribunale del 15.9.2016

**Scuola Montessori e B&B Ferraci impugnano:** decisione li pone in situazione di svantaggio concorrenziale rispetto a enti religiosi con attività simili (in particolare la parte della decisione che dichiara il recupero impossibile).

**Tribunale respinge** i ricorsi; Scuola Montessori e B&B Ferraci impugnano davanti alla Corte.

## Sentenza della Corte del 6.11.2018

**Su ricevibilità:** per prima volta questione ricevibilità ricorsi (ex art. 263, c4, TFUE) proposti dai concorrenti di beneficiari di aiuti vs. decisione che dichiara che il regime nazionale non costituisce un aiuto e che gli aiuti concessi in base a un regime illegale non possono essere recuperati.

**Ricevibili** perché la decisione:

1. è un «atto regolamentare», ossia un atto non legislativo di portata generale;
2. riguarda direttamente la Scuola Montessori e il B&B; e
3. non comporta alcuna misura d'esecuzione nei loro confronti.

# 1. Sentenza del 6.11.2018, cause riunite C-622, 623, 624/16 P *Scuola Montessori e P. Ferraci c. Comm.*

## Merito

- La Corte ricorda che l'adozione dell'ordine di recupero di un aiuto illegale è la logica e normale conseguenza dell'accertamento della sua illegalità (art. 14(1) Reg. n. 659/1999).
- La Commissione non può imporre il recupero dell'aiuto qualora ciò sia in contrasto con un principio generale del diritto dell'Unione, come quello secondo cui «*ad impossibilita nemo tenetur*» («nessuno è tenuto all'impossibile»).
- **Tuttavia, la Corte sottolinea che un recupero di aiuti illegali può essere considerato, in maniera obiettiva e assoluta, impossibile da realizzare unicamente quando la Commissione accerti, dopo un esame minuzioso, che sono soddisfatte due condizioni:**
  1. **l'esistenza delle difficoltà addotte dallo Stato membro interessato e**
  2. **l'assenza di modalità alternative di recupero.**
- Nel caso di specie la Commissione non poteva riscontrare l'impossibilità assoluta di recuperare gli aiuti illegali limitandosi a rilevare che era impossibile ottenere le informazioni necessarie per il recupero di tali aiuti attraverso le banche dati catastali e fiscali italiane, ma **avrebbe dovuto anche esaminare se esistessero modalità alternative che consentissero un recupero, anche solo parziale, di tali aiuti.** In mancanza di un'analisi siffatta, la Commissione non ha dimostrato l'impossibilità assoluta di recupero dell'ICI.
- Corte annulla la sentenza del Tribunale nella parte in cui esso ha convalidato la decisione della Commissione di non ordinare il recupero e annulla, di conseguenza, la decisione.

## 2. Sentenza del 18.10.2018, causa T-640/16, *GEA Group c. Comm.*

### Decisione del 2009

Varie imprese avevano violato l'art. 81 CE per il loro coinvolgimento in un'intesa sul mercato degli stabilizzanti termici. Con tale decisione inflitte due ammende:

(i) la prima all'impresa ai sensi del diritto della concorrenza costituita da **GEA e ACW** (sanzionate in solido per c.a. € **1.5 m**), per l'infrazione dal 1991 al 1995 c.a.

(ii) la seconda all'impresa ai sensi del diritto della concorrenza costituita da **GEA, ACW e CPA** (sanzionate in solido per c.a. € **2 m**), per l'infrazione dal 1995 al 2000 c.a.

### Decisione del 2010 e annullamento del Tribunale nel 2015

Comm. si rende conto che la **sanzione alla quale era stata condannata ACW in solido** (i) da un lato con **GEA e CPA** (ii) dall'altro con **GEA**, superava il massimo edittale del **10%**.

**Comm. nel 2010 adottava una nuova decisione** che modificava la decisione del 2009 ricalcolando la sanzione per ACW. **GEA impugna** tale decisione.

**Sentenza Trib. 2015 annulla:** Comm. ha violato i diritti di difesa di GEA non dandole la possibilità di commentare in anticipo la sanzione, rimanda Comm. a rideterminare sanzione.

### Decisione del 2016 e annullamento del Tribunale il 18.10.2018

Nel **2016** Comm. adotta **nuova decisione** di modifica della decisione del 2009 (identica a decisione del 2010 ma consentendo alle parti di presentare osservazioni).

**Decisione: limite del 10% per ACW pari a c.a. € 1.1 m; imputata la totalità di questa somma solo all'ammenda inflitta a GEA, ACW e CPA (quella pari a c.a. € 2 m).**

GEA impugna: nonostante obbligo di pagare l'ammenda di € **1.5 m** fosse in solido, rimaneva di fatto la sola a dover pagare. **Trib. annulla: violato p. parità di trattamento.**

### 3. Sentenza del 24.10.2018, causa C-595/17, *Apple Sales Int. et al.*

#### Fatti

**2002:** Apple conclude contratto con eBizzcuss riconoscendolo come rivenditore autorizzato; contiene una **clausola attributiva di giurisdizione ai giudici irlandesi.**

**2012:** eBizzcuss cita Apple dinanzi a Trib. Commerciale di **Parigi** chiedendo condanna al **risarcimento danni per concorrenza sleale a abuso di posizione dominante.**

Secondo Apple in forza della clausola attributiva di giurisdizione sono competenti i giudici irlandesi, non francesi; pronunce divergenti; **rinvio pregiudiziale alla Corte UE.**

#### Normativa Rilevante

**Articolo 23 Reg. n. 44/2001, § 1:** *«Qualora le parti, di cui almeno una domiciliata nel territorio di uno Stato membro, abbiano attribuito la competenza di un giudice o dei giudici di uno Stato membro a conoscere delle controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico, la competenza esclusiva spetta a questo giudice o ai giudici di questo Stato membro. Detta competenza è esclusiva salvo diverso accordo tra le parti [...]»*

**Precedenti: Sent. 21.5.2015, C-352/13, *Hydrogen Peroxide* (però caso 101 TFUE)**

*«clausola attributiva di giurisdizione può riguardare, [...], solo controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico, [...] controversie che traggano origine dal rapporto giuridico in occasione del quale tale clausola sia stata conclusa»*

*«una clausola che si riferisca astrattamente alle controversie che sorgano nei rapporti contrattuali non ricomprende una controversia relativa alla pretesa responsabilità extracontrattuale per un'intesa illecita [...] una controversia del genere non è ... prevedibile ...»*

### 3. Sentenza del 24.10.2018, causa C-595/17, *Apple Sales Int. et al.*

#### Caso 102 TFUE

*«[M]entre il comportamento anticoncorrenziale contemplato dall'articolo 101 TFUE, vale a dire un'intesa illecita, non è, in linea di principio, direttamente connesso al rapporto contrattuale tra un membro dell'intesa medesima ed un terzo, sul quale l'intesa produca i suoi effetti, il comportamento anticoncorrenziale di cui all'articolo 102 TFUE, ossia l'abuso di posizione dominante, può materializzarsi nei rapporti contrattuali tessuti da un'impresa in posizione dominante per effetto delle condizioni contrattuali» § 28*

*«Si deve quindi rilevare che, nell'ambito di un'azione proposta ex articolo 102 TFUE, deve escludersi che considerare rilevante una clausola attributiva di giurisdizione riferentesi ad un contratto ed al corrispondente rapporto ovvero ai rapporti che ne derivino possa sorprendere una delle parti ai sensi della giurisprudenza...» § 29*

*«[L]'articolo 23 del regolamento n. 44/2001 dev'essere interpretato nel senso che l'applicazione ad un'azione di risarcimento del danno, proposta da un distributore nei confronti del proprio fornitore ex articolo 102 TFUE, di una clausola attributiva di competenza giurisdizionale contenuta nel contratto concluso inter partes non è esclusa per il solo motivo che la clausola stessa non faccia espresso riferimento alle controversie vertenti sulla responsabilità per violazione del diritto della concorrenza» § 30*





© 2018 Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP. All rights reserved.

Throughout this presentation, "Cleary Gottlieb" and the "firm" refer to Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP and its affiliated entities in certain jurisdictions, and the term "offices" includes offices of those affiliated entities.