



AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Bollettino

Settimanale

Anno XXXI - n. 45

**Publicato sul sito www.agcm.it
15 novembre 2021**

SOMMARIO

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE	5
A487B - COMPAGNIA ITALIANA DI NAVIGAZIONE-TRASPORTO MARITTIMO DELLE MERCI DA/PER LA SARDEGNA - RIDETERMINAZIONE SANZIONE	
<i>Provvedimento n. 29868</i>	5
A537 - MERCATO DELLA PRODUZIONE DI CONTENITORI IN PET	
<i>Provvedimento n. 29869</i>	18
A538 - SISTEMI DI SIGILLATURA MULTIDIAMETRO PER CAVI E TUBI	
<i>Provvedimento n. 29872</i>	36
OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE	38
C12405 - ENEL PRODUZIONE/ERG HYDRO	
<i>Provvedimento n. 29870</i>	38
PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE	50
IP347 - IMMOBILIARE.IT-MESSAGGI INGANNEVOLI E COMPARATIVI	
<i>Provvedimento n. 29871</i>	50

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

A487B - COMPAGNIA ITALIANA DI NAVIGAZIONE-TRASPORTO MARITTIMO DELLE MERCI DA/PER LA SARDEGNA - RIDETERMINAZIONE SANZIONE

Provvedimento n. 29868

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 29 ottobre 2021;

SENTITO il Relatore, Presidente Roberto Rustichelli;

VISTA la legge del 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1998, n. 217;

VISTA la propria delibera del 22 ottobre 2014 con cui sono state adottate le Linee guida sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 (di seguito, in breve, "Linee guida");

VISTO il proprio provvedimento n. 27053 del 28 febbraio 2018, adottato a conclusione del procedimento n. A487 – Compagnia Italiana di Navigazione – Trasporto marittimo delle merci da/per la Sardegna, con il quale l'Autorità ha accertato che le società Moby S.p.A. e Compagnia Italiana di Navigazione S.p.A. hanno posto in essere un abuso di posizione dominante in violazione dell'articolo 102, lett. b), TFUE, consistente in un'unica e articolata strategia tesa all'esclusione dei concorrenti, attuali e potenziali, nei mercati rilevanti, intenzionalmente realizzata per il tramite di un'azione di boicottaggio diretto e indiretto nei confronti delle imprese di logistica che si erano rivolte ai concorrenti, per scoraggiarle dall'avvalersi dei loro servizi di trasporto marittimo;

VISTO che per la violazione accertata, in ragione della gravità e durata dell'infrazione, è stata disposta a carico delle società Moby S.p.A. e Compagnia Italiana di Navigazione S.p.A. l'irrogazione, in solido, di una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 29.202.673,73 euro;

VISTA la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (di seguito "Tar Lazio") del 22 maggio 2019, n. 7175 con cui è stato accolto in parte il ricorso presentato dalle società Moby S.p.A. e Compagnia Italiana di Navigazione S.p.A. e, per l'effetto, è stato parzialmente annullato il provvedimento n. 27053 del 28 febbraio 2018, disponendo altresì la rideterminazione della sanzione;

VISTA, in particolare, la motivazione della sentenza citata, con cui il Tar Lazio, in parziale accoglimento del ricorso presentato, ha fissato i parametri per la determinazione della sanzione da irrogare alla ricorrente, rinviando gli atti all'Autorità affinché la stessa quantifichi motivatamente, e in concreto, l'importo della medesima conformandosi alle indicazioni dettate nella riferita sentenza;

VISTO il proprio provvedimento n. 27844 del 17 luglio 2019, con il quale è stato disposto l'avvio del procedimento A487B – Compagnia Italiana di Navigazione – Trasporto Marittimo delle merci da/per la Sardegna – rideterminazione della sanzione avente ad oggetto la rideterminazione della

sanzione nei confronti di Moby S.p.A. e Compagnia Italiana di Navigazione S.p.A., in ottemperanza alla citata sentenza del Tar Lazio del 22 maggio 2019, n. 7175;

VISTO il proprio provvedimento n. 27985 del 5 novembre 2019, con il quale è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento al 31 dicembre 2019, per garantire alle Parti il più ampio esercizio dei diritti di difesa e del contraddittorio;

VISTO il proprio provvedimento n. 28040 del 20 dicembre 2019, con il quale è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento a sessanta giorni dalla pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato con la quale sarebbe stato deciso il ricorso in appello dell’Autorità avverso la sentenza del Tar del Lazio del 22 maggio 2019, n. 7175, attesa anche la rilevanza e la solidità, in fatto e in diritto, dei motivi presentati;

VISTA la sentenza del Consiglio di Stato n. 2727 del 1° aprile 2021, con la quale sono stati respinti tutti ricorsi presentati ed è stata confermata la sentenza del Tar Lazio con la quale era stato parzialmente accolto il ricorso di primo grado presentato dalle società Moby S.p.A. e Compagnia Italiana di Navigazione S.p.A.;

VISTO il proprio provvedimento n. 29666 dell’11 maggio 2021 con il quale il termine di chiusura del procedimento istruttorio è stato prorogato al 31 luglio 2021;

VISTO il proprio provvedimento n. 29703 dell’8 giugno 2021 con il quale è stato sostituito il responsabile del procedimento;

VISTO il proprio provvedimento n. 29702 del 27 luglio 2021 con il quale il termine di chiusura del procedimento istruttorio è stato prorogato al 31 ottobre 2021;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue;

I. LE PARTI

1. Compagnia Italiana di Navigazione S.p.A. (di seguito, “CIN”) è la società che ha acquisito dalla società Tirrenia di Navigazione S.p.A.¹ il ramo d’azienda relativo alla fornitura del servizio di trasporto marittimo di passeggeri e merci tra l’Italia continentale e le isole maggiori e minori. CIN (che opera con il *brand* Tirrenia) è titolare del servizio pubblico che garantisce la continuità territoriale della Sardegna, della Sicilia e delle Isole Tremiti con la Penisola.

2. Moby S.p.A. è una società di trasporto marittimo attiva sulle rotte tra l’Italia Continentale e la Sardegna, la Corsica e l’isola d’Elba.

3. CIN è controllata al 100% da Moby, la quale a sua volta è interamente controllata da Onorato Armatori S.r.l.²

¹ Cfr. Provv. n. 23670 del 21 giugno 2012, C11613 – Compagnia Italiana di Navigazione/Ramo di Azienda di Tirrenia di Navigazione, in Bollettino n. n. 25/12.

² A partire dal mese di agosto 2016, Moby S.p.A. è stata soggetta al controllo esclusivo della società di diritto lussemburghese ALE 1 B.V, a sua volta controllata da ACH11 S.A., le cui partecipazioni erano detenute al 100% dalla società di diritto lussemburghese VI S.A. Quest’ultima era controllata al 77,4% dalla società di diritto italiano Onorato

4. Il gruppo Moby ha realizzato, nel 2018, un fatturato consolidato pari a circa 584 milioni di euro³.
5. Sulla base di quanto precede le due società verranno indicate in modo congiunto come “Moby/CIN”⁴ o come la “Parte”.

II. L'ATTIVITA' ISTRUTTORIA SVOLTA

6. Il procedimento è stato avviato al fine di ottemperare alla sentenza del 22 maggio 2019, n. 7175, del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (di seguito “Tar Lazio”), il quale, nell’annullare parzialmente il provvedimento n. 27053 del 28 febbraio 2018 (il “Provvedimento”), ha demandato all’Autorità la concreta rideterminazione della sanzione a carico delle imprese interessate.
7. Il procedimento è stato svolto in contraddittorio con le Parti.
8. Il 24 settembre 2019 gli Uffici hanno sentito le Parti in audizione; in tale occasione le stesse hanno fornito la propria interpretazione della sentenza del Tar Lazio⁵.
9. In data 5 novembre 2019 l’Autorità ha deliberato una proroga del procedimento istruttorio al fine di consentire alle parti di disporre di un tempo adeguato a esercitare i propri diritti di difesa e al contraddittorio⁶.
10. In data 15 novembre 2019, nel corso di una seconda audizione, gli Uffici hanno letto alla Parte una nota esplicativa (di seguito, la “Nota”) in merito ai criteri che sarebbero stati utilizzati ai fini della rideterminazione della sanzione⁷.
11. Le Parti hanno, infine, inviato una memoria di replica alla Nota in data 6 dicembre 2019⁸.
12. Il 20 dicembre 2019 il Collegio ha deciso di prorogare il termine di conclusione del procedimento a sessanta giorni dalla pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato con la quale sarebbe stato deciso il ricorso presentato dall’Autorità avverso la sentenza del Tar Lazio⁹.
13. Con sentenza n. 2727 del 1° aprile 2021 (di seguito, anche la “Sentenza”) il Consiglio di Stato ha respinto tutti ricorsi presentati e ha confermato la sentenza del Tar Lazio; pertanto il termine del presente procedimento istruttorio era fissato al 31 maggio 2021.

Armatori S.r.l. Dal marzo 2018, ad esito di una fusione per incorporazione delle società ALE 1 B.V., ACHII S.A. e VI S.A. in Onorato Armatori S.r.l., Moby S.p.A. è soggetta al controllo diretto di quest’ultima. Il signor Vincenzo Onorato detiene l’89% delle partecipazioni societarie di Onorato Armatori S.r.l.

³ V. Bilancio Consolidato di Moby S.p.A. alla voce “Ricavi ricorrenti” nella sezione “Analisi dell’andamento della gestione per l’esercizio chiuso al 31 dicembre 2019”.

⁴ Moby e CIN, infatti, fanno entrambe capo al medesimo gruppo societario riferibile alla famiglia Onorato. Pertanto, secondo la teoria dell’unica entità economica, tali due soggetti, pur essendo giuridicamente distinti, sono identificabili nella sostanza come un unico soggetto (v. Corte Giust., 24 ottobre 1996, in causa C-73/95, *Viho c. Commissione* europea; Trib. Primo Grado, 12 dicembre 2007, in causa T-112/05, *Akzo Nobel NV et al. c. Commissione* europea).

⁵ V. doc. 7.

⁶ V. docc. 8 e 9.

⁷ V. doc. 10.

⁸ V. doc. 11.

⁹ V. il provv. dell’Autorità n. 28040 del 20 dicembre 2019. V. docc. 12 e 13.

14. L'11 maggio 2021 l'Autorità ha deciso di prorogare il termine di chiusura del procedimento istruttorio al 31 luglio 2021 al fine di consentire alle parti di disporre di un tempo adeguato a esercitare i propri diritti di difesa e al contraddittorio¹⁰.

15. Il 28 maggio 2021 gli Uffici hanno nuovamente sentito le Parti in audizione; in tale occasione le stesse hanno fornito la propria interpretazione della sentenza del Consiglio di Stato¹¹.

16. Il 27 luglio 2021 l'Autorità ha deciso di prorogare ulteriormente il termine di chiusura del procedimento istruttorio al 31 ottobre 2021, al fine di consentire alle parti di disporre di un tempo adeguato a esercitare i propri diritti di difesa e al contraddittorio¹².

17. In data 4 ottobre 2021, nel corso di una quarta audizione, gli Uffici hanno letto alla Parte una nuova nota esplicativa (di seguito, la "Nuova Nota") dei criteri che sarebbero stati utilizzati ai fini della rideterminazione della sanzione¹³.

18. Le Parti hanno, infine, inviato una memoria di replica alla Nuova Nota in data 15 ottobre 2021¹⁴.

III. IL PROVVEDIMENTO SANZIONATORIO E L'ANNULLAMENTO PARZIALE CON LA SENTENZA DEL TAR LAZIO

19. Il Provvedimento ha imputato a Moby/CIN un abuso di posizione dominante, posto in essere in violazione dell'articolo 102, lett. *b*), TFUE, e consistente in un'unica e articolata strategia tesa all'esclusione dei concorrenti, attuali e potenziali nei mercati dei servizi di linea di trasporto marittimo di merci relativi ai fasci di rotte Nord Sardegna - Nord Italia, Nord Sardegna - Centro Italia e Sud-Sardegna - Centro-Italia. Secondo quanto accertato nel Provvedimento, tale strategia è stata realizzata per il tramite di un c.d. "boicottaggio diretto" - composto di mancati imbarchi, di rifiuti di prenotazioni e dell'improvvisa risoluzione dei contratti - e di un c.d. "boicottaggio indiretto" - composto di azioni di pressione sulla committenza, affinché questa non utilizzasse i servizi di trasporto delle imprese di logistica che si erano rivolte ai concorrenti, e di sconti alle imprese che invece erano rimaste fedeli a Moby/CIN -, entrambi attuati nei confronti delle imprese di logistica considerate "infedeli" in quanto si erano avvalse dei servizi di trasporto marittimo offerti dai concorrenti della Parte.

20. L'Autorità ha ritenuto che tale unica e articolata strategia fosse una condotta grave e meritevole di sanzione. Per tale motivo, a fini sanzionatori essa ha considerato:

- a) una percentuale del fatturato specifico pari al 9% per il calcolo dell'importo base della sanzione;
- b) un ammontare supplementare (c.d. *entry fee*) del 15%;
- c) una durata dell'infrazione pari a due anni e 5 mesi, calcolata prendendo in considerazione come data di inizio dell'abuso il 28 settembre 2015 e come termine dello stesso la conclusione del procedimento istruttorio, fissata al 28 febbraio 2018, sì da ottenere un fattore moltiplicativo di durata pari a "2,42".

¹⁰ V. docc. 15 e 16.

¹¹ V. doc. 17.

¹² V. docc. 22 e 23.

¹³ V. docc. 25 e 26.4.

¹⁴ V. doc. 27.

21. Il Tar Lazio ha ritenuto non meritevoli di accoglimento i motivi di ricorso proposti da Moby/CIN avverso il Provvedimento, relativi a: *i*) la definizione dei mercati rilevanti¹⁵, *ii*) la sussistenza della posizione dominante di Moby/CIN¹⁶ e *iii*) l'accertamento dell'esistenza del "boicottaggio diretto"¹⁷. Tali parti del Provvedimento sono state dunque confermate interamente. Viceversa, il Giudice di prime cure ha accolto i motivi di ricorso nella parte in cui Moby/CIN ha sostenuto "l'assenza di una corretta ricostruzione in punto di astratta capacità escludente del cosiddetto "boicottaggio indiretto" (la cui ricorrenza va dunque esclusa)".

22. Il Tar Lazio ha accolto anche i motivi di ricorso nella parte in cui Moby/CIN ha sostenuto che il Provvedimento fosse viziato da un difetto istruttorio e motivazionale nell'analisi degli effetti delle condotte ascritte alla Parte. Pertanto, "alla luce del parziale accoglimento relativo a parte della condotta e agli effetti dell'abuso", ha imposto all'Autorità di ridurre la percentuale del 9% del fatturato specifico individuata nel Provvedimento, posta alla base del calcolo della sanzione.

23. Il Tar Lazio ha poi ravvisato "la fondatezza dell'argomentazione con la quale le ricorrenti hanno sostenuto la carenza delle condizioni per l'applicazione dell'entry fee", e ha, infine, rideterminato la durata della condotta abusiva, ritenendo che l'Autorità abbia erroneamente considerato che alla data della chiusura del procedimento istruttorio le condotte accertate fossero ancora in corso. Il Giudice di prime cure ha pertanto ridotto la durata dell'abuso, individuando il mese di gennaio 2017 come momento in cui lo stesso è cessato.

IV. LA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO

24. Con sentenza n. 2727 del 1° aprile 2021 il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza del Tar Lazio del 22 maggio 2019 n. 7175, respingendo tutti motivi di appello presentati.

25. In particolare, per ciò che qui rileva, il Consiglio di Stato ha rigettato il motivo di ricorso delle società appellanti relativo all'erronea identificazione dei mercati rilevanti, affermando che la metodologia utilizzata dall'Autorità risponde ai parametri di logicità e coerenza richiesti dalla giurisprudenza amministrativa. Il Giudice ha altresì rigettato il motivo di ricorso delle società

¹⁵ In particolare nella parte in cui la Sentenza afferma: "Va in primo luogo escluso che l'Autorità abbia errato nel definire il mercato rilevante", "l'Autorità ha perfettamente adempiuto all'onere motivazionale sul punto, soddisfacendo l'analisi in punto di sostituibilità dei prodotti dal lato della domanda, finalizzata ad individuare le pressioni concorrenziali alle quali le imprese sono sottoposte, la quale deve essere effettuata non in modo teorico, come astratta possibilità di sostituzione, ma come sostituibilità effettiva (Tar Lazio, Roma, sezione I, 2 dicembre 2014, n. 12168/2014, e, da ultimo, Corte di Giustizia, sentenza del 23 gennaio 2018, n. 179)" e "la definizione merceologica del mercato rilevante, di conseguenza, è stata preceduta da un'attenta analisi e comparazione di tutti gli elementi istruttori raccolti".

¹⁶ In particolare nei seguenti passaggi della Sentenza: "[v]a del pari esclusa la ricorrenza di profili di erroneità nell'individuazione di una situazione di dominanza", "il provvedimento [ha] richiamato una pluralità di fattori, tutti di particolare pregnanza, la combinazione dei quali definisce, in termini economici coerenti e apprezzabili, funzionali al tipo di mercato oggetto di indagine, la ricorrenza di condizioni tali da consentire a Moby/CIN di determinarsi autonomamente nel mercato e di influire unilateralmente, con il suo comportamento, sulla struttura del mercato medesimo" e "[l]e doglianze [relative all'assenza di una dominanza in capo a Moby e CIN] sono infondate, anche alla luce della già rilevata corretta individuazione del mercato rilevante."

¹⁷ Il Tar Lazio, infatti, afferma: "Il provvedimento va pure condiviso laddove ravvisa la portata anticoncorrenziale dei mancati imbarchi e degli improvvisi recessi da contratti che precedentemente vincolavano Moby alle imprese di logistica" e "per tali condotte, la cui ricorrenza fattuale non è contestata e la cui astratta idoneità anticoncorrenziale è stata puntualmente e autonomamente motivata, il provvedimento, al fine di corroborare la lettura operata e di rafforzare un impianto accusatorio già solido, ha legittimamente fatto ricorso ai documenti rinvenuti presso le società e alle dichiarazioni di terzi che evidenziavano la ricorrenza dell'intenzionalità lesiva" e perciò ha disposto "[...] il rigetto del ricorso nella parte in cui è stata contestata la ricostruzione dell'Autorità in ordine alle condotte di "boicottaggio diretto" e, pertanto del terzo e del sesto motivo di ricorso nella parte in cui contestano la ricorrenza di tali modalità di abuso".

appellanti circa l'erronea valutazione della sussistenza di una posizione dominante, ritenendo corretto il provvedimento sanzionatorio nella parte in cui ha individuato l'esistenza di una posizione dominante in capo a Moby/CIN¹⁸.

26. Il Giudice amministrativo di ultime cure ha poi respinto il motivo di appello relativo alla sussistenza del “boicottaggio diretto” e ha confermato la puntualità, l'aderenza giuridica allo *standard* di prova richiesto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE per la prova dell'esistenza di un abuso di posizione dominante (basato sull'accertamento della capacità della condotta di un'impresa dominante di restringere la concorrenza senza che tale effetto si realizzi concretamente¹⁹) e l'adeguatezza della motivazione a supporto dell'accertamento di tale abuso escludente da parte dell'Autorità²⁰. In particolare, il Consiglio di Stato ha affermato che lo stesso è consistito in una “costante attività di esclusione di mezzi dall'imbarco, riferibili alle imprese “infedeli”, giustificata da ragioni inattendibili”, che per “l'insolita ripetitività e frequenza degli episodi tradisce, invero, una politica di costante intralcio nei confronti delle imprese c.d. “infedeli” o “traditrici”, nel recesso “da contratti stipulati tradizionalmente con molte imprese di logistica e commerciali [...] c.d. infedeli, giustificando tale necessità con motivazioni flebili o generiche”, e nel “costante peggioramento delle condizioni commerciali praticate a primarie imprese di logistica che per vari decenni erano state clienti delle società Moby e CIN”. In sostanza, dunque, per il Giudice amministrativo di ultima istanza, le imprese del gruppo Onorato avrebbero messo in atto “improvvisi comportamenti irragionevoli e commercialmente peggiorativi, nell'arco di tempo oggetto di osservazione e di indagini da parte dell'Autorità [...] a danno di solide imprese commerciali con le quali Moby e CIN avevano intrattenuto per anni “sereni” e proficui rapporti commerciali”²¹.

27. Il Consiglio di Stato ha, invece, respinto l'appello dell'Autorità relativo alla caducazione del Provvedimento nella parte in cui addebitava alle imprese del gruppo Onorato anche l'applicazione di sconti alle imprese di logistica “fedeli”. In particolare, il Consiglio di Stato ha affermato al riguardo che l'istruttoria svolta dall'Autorità non ha consentito di dimostrare che, tenuto conto di pratiche analoghe messe in campo dalle altre imprese concorrenti, gli sconti praticati da Moby/CIN fossero strumenti anticoncorrenziali per legare a sé le imprese di logistica “fedeli” e così innalzare una barriera all'ingresso del mercato da parte di altre imprese²².

28. Il Giudice ha, altresì, ritenuto infondato il motivo di appello in base al quale Moby/CIN sosteneva che il Provvedimento non avesse dimostrato che le condotte loro ascritte fossero idonee a causare un pregiudizio ai consumatori. In particolare, nella Sentenza in esame si afferma che l'ampia

¹⁸ In particolare, ad avviso del Consiglio di Stato, l'Autorità “ha compiuto una istruttoria meticolosa e accurata, tenendo conto delle prospettazioni espresse nel corso del procedimento dalle parti coinvolte e confutandole con esplicita rappresentazione, laddove necessario, delle ragioni di non condivisione degli apporti istruttori offerti da Moby e da CIN (anche con riguardo alle relazioni tecnico-economiche prodotte). Di tutto quanto sopra, poi, l'Autorità ha offerto ampia e illustrata motivazione nel provvedimento sanzionatorio” (par. 15, lett. F), della Sentenza).

¹⁹ Cfr. par. 18 della Sentenza: “[a]i fini dell'art. 102 TFUE, la prova dell'oggetto e dell'effetto anticoncorrenziale si confondono tra loro: se si dimostra che lo scopo perseguito da comportamento di un'impresa dominante è di restringere la concorrenza, un tale comportamento è di per sé pregiudizievole, in quanto può anche comportare tale effetto [...]. L'illecito, cioè, si perfeziona con la condotta anticoncorrenziale, purché di suo idonea a turbare il suo funzionamento corretto e in esso la libertà stessa del mercato”.

²⁰ V. i punti 18 e 19 della Sentenza.

²¹ V. il punto 19 della Sentenza.

²² V. il punto 24 della Sentenza.

istruttoria consta di numerosissimi elementi, acquisiti da molteplici operatori del settore e attraverso vari e diversificati strumenti di cognizione, che costituiscono tutti robusti elementi che hanno correttamente consentito all’Autorità di supporre che le condotte ascritte alle imprese del gruppo Onorato fossero, per contro, idonee a causare tale danno²³.

29. In relazione alla durata delle condotte, il Consiglio di Stato ha rigettato la tesi delle società appellanti secondo cui le condotte loro imputate sarebbero cessate già nel febbraio 2016; il Giudice ha, per contro, ritenuto che nel Provvedimento vi siano “*elementi comprovanti la prosecuzione delle condotte e le conseguenze che tali comportamenti hanno provocato sugli altri operatori economici presenti nel mercato di riferimento in epoca ben successiva al febbraio 2016*” come “[...] *“l’avvenuta chiusura della rotta Porto Torres-Savona (e viceversa) nel settembre 2017, decisa da Grimaldi al fine di non incorrere in perdite di esercizio ovvero, [...] [l]’apertura di una terza rotta da parte di Grimaldi, nel gennaio 2017, per rispondere alle condotte poste in essere dalle società Moby e CIN e per consentire ai propri clienti di emanciparsi dall’impresa dominante*”. In sostanza, il Giudice ha ritenuto che l’abuso escludente imputato a Moby/CIN si è esteso fino al gennaio 2017. In tal modo, il Giudice amministrativo di ultima istanza ha parimenti rigettato anche il motivo di appello dell’Autorità, che sosteneva che, invece, vi fosse prova di una durata più lunga delle condotte, ancora in essere al momento della chiusura del procedimento istruttorio.

30. Anche per quanto riguarda l’applicazione dell’*entry fee* e la scelta della percentuale di fatturato specifico sulla base del quale è stata calcolata la sanzione, il Consiglio di Stato ha rigettato i motivi di appello dell’Autorità. In specie, il Giudice ha ritenuto che nel provvedimento manca un’adeguata motivazione dell’aggravamento dell’entità della sanzione attraverso l’*entry fee*, fondata sulla reale ed effettiva incidenza in termini di sofferenza commerciale a carico degli altri operatori presenti nel mercato di riferimento²⁴.

31. Per ciò che riguarda, infine, l’individuazione della percentuale di fatturato specifico da porre alla base del calcolo della sanzione, il Consiglio di Stato ha affermato che questa va ridotta, oltre che in ragione della minore gravità, anche in considerazione del minore arco temporale correttamente individuato dal Tar Lazio nel quale si è esplicitata la condotta (dal 28 settembre 2015 al gennaio 2017)²⁵.

V. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

32. Nelle proprie argomentazioni la Parte ha sottolineato con forza il fatto che la Sentenza abbia confermato la pronuncia del Tar Lazio con la quale il Provvedimento è stato parzialmente caducato. Già nell’ambito del contraddittorio avuto con gli Uffici nel corso del presente procedimento in relazione alle modalità con le quali dare esecuzione alla sentenza del Tar Lazio, le imprese del gruppo Onorato avevano sostenuto che la sentenza di primo grado fosse inequivoca nello stabilire che il “boicottaggio indiretto” e gli effetti delle condotte attribuite alla Parte fossero interamente annullati perché non dimostrati. La conferma di tale pronuncia da parte del Consiglio di Stato,

²³ V. il punto 21 della Sentenza.

²⁴ V. il punto 25 della Sentenza.

²⁵ V. il punto 26 della Sentenza.

pertanto, secondo la Parte, avrebbe cristallizzato tale significativo ridimensionamento della fattispecie²⁶.

33. Pertanto, Moby/CIN ritiene che la fattispecie originariamente addebitata nel Provvedimento non possa essere considerata nella sostanza ancora intatta²⁷.

34. La Parte contesta poi la circostanza in base alla quale l'abuso attribuito alle imprese del gruppo Onorato abbia prodotto effetti concreti sulla concorrenza e in particolare sul loro principale concorrente, Grimaldi. Ciò anzitutto in quanto tale impresa concorrente, secondo Moby/CIN, nella Sentenza viene definita come un operatore forte, che ha posto in essere una altrettanto aggressiva politica scontistica, dalla quale le imprese del gruppo Onorato si sarebbero meramente difese²⁸. Inoltre, la Parte deriva l'assenza di effetti dell'abuso sul mercato - e sembra mettere in discussione la stessa capacità lesiva dell'abuso attribuito a Moby/CIN²⁹ - facendo leva sulle affermazioni del Consiglio di Stato circa la necessità di una accurata valutazione istruttoria e di una puntuale indagine per poter valutare una condotta come anticoncorrenziale³⁰, e sottolineando che, in ogni caso, l'anticoncorrenzialità, quale mera potenzialità restrittiva, non implica automaticamente anche la produzione di effetti anticoncorrenziali. La mancata produzione di siffatti effetti nel caso di specie, infine, sarebbe stata statuita dal Giudice medesimo, il quale ha affermato esplicitamente che l'abuso non ha avuto una reale ed effettiva incidenza in termini di sofferenza commerciale a carico degli altri operatori attivi sul mercato³¹.

35. La Parte ritiene, inoltre, che dalla Sentenza non emerga alcuna statuizione che supporta l'avvenuta produzione di effetti pregiudizievoli per i consumatori in conseguenza dell'abuso attribuito alle imprese del gruppo Onorato, dal momento che il Giudice di ultima istanza si è limitato ad affermare che la stessa fosse meramente idonea a produrre i suddetti effetti.

36. Da tutto ciò discenderebbe che l'abuso attribuibile a Moby/CIN sia da considerarsi non grave e meritevole di una sanzione basata su una percentuale di fatturato di molto inferiore al 9%³².

37. Più in particolare, la percentuale del 6% prospettata dagli Uffici, oltre a non rappresentare una riduzione significativa, comporterebbe una revisione *in peius* del coefficiente di gravità proposto dai medesimi Uffici nel 2019 (pari al 4%) che risulta lesiva dei diritti della Parte e ingiustificata perché operata pur a fronte della conferma integrale della sentenza del Tar Lazio da parte del Consiglio di Stato³³. Per tale ragione, la Parte ritiene anzitutto che la percentuale di fatturato ipotizzata nel 2019 costituisca un limite invalicabile, pena la contraddittorietà intrinseca dell'azione amministrativa.

38. Ma anche la percentuale del 4% appare alle imprese del gruppo Onorato inadeguata e sproporzionata rispetto alla gravità dell'abuso come riconfigurato dai giudici amministrativi. Ciò

²⁶ V. docc. 11 e 27.

²⁷ V. doc. 27.

²⁸ V. doc. 27 dove si cita il punto della Sentenza.

²⁹ Cfr. doc. 27, sez. II.c.

³⁰ V. doc. 27 dove si cita il punto 24 della Sentenza.

³¹ V. doc. 27 dove si cita il punto 26 della Sentenza.

³² La Parte cita i seguenti casi dell'Autorità: A493 — Poste Italiane/Prezzi Recapito, A511 - ENEL/Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica, A513 - ACEA/Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica, AS16 — Gara affidamento servizi TPL Bolzano.

³³ V. doc. 27.

sarebbe confermato anche ad esito della Sentenza: per le medesime ragioni già esposte, ovvero in considerazione della definitiva esclusione della ricorrenza del “boicottaggio indiretto”, ovvero, secondo la Parte, di gran parte della condotta imputata a Moby/CIN, e di effetti concreti della condotta sul mercato e sui consumatori, la rideterminazione della sanzione dovrebbe prevedere una riduzione significativa del coefficiente di gravità molto al di sotto del 4%.

39. La Parte, infine, lamenta il fatto che nella Nuova Nota gli Uffici non abbiano formulato alcuna concreta proposta in relazione alla riduzione dell’importo della sanzione sulla base delle condizioni economiche e finanziarie significativamente negative nelle quali versano le imprese del gruppo Onorato, pur avendo gli stessi riconosciuto in via generale che queste siano effettivamente suscettibili di ridurre l’ammontare della nuova sanzione da comminare alle società del gruppo Onorato. Sul punto Moby/CIN ha richiamato la prassi dell’Autorità che registra l’applicazione di una riduzione delle sanzioni nell’ordine dell’80%-90%, se non di una sanzione simbolica, ad imprese che si trovano in condizioni finanziarie così negative e che sono coinvolte in procedure di concordato con continuità aziendale³⁴.

VI. VALUTAZIONI

40. Alla luce di quanto esposto *supra*, si ritiene che la Sentenza del Consiglio di Stato abbia definitivamente convalidato una parte consistente del Provvedimento dell’Autorità.

41. Tale considerazione vale anzitutto con riferimento alla definizione dei mercati rilevanti, all’individuazione di una posizione dominante in capo a Moby/CIN su tali mercati, nonché, in particolar modo, all’accertamento dell’esistenza e della portata anticoncorrenziale di un abuso escludente realizzato da Moby/CIN, elementi della fattispecie originariamente addebitata in relazione ai quali il Consiglio di Stato ha rigettato i motivi proposti dalle società appellanti.

42. Con riguardo all’accertamento dell’illegittimità dei comportamenti posti in essere da Moby/CIN, si osserva come la Sentenza riconosca chiaramente il soddisfacimento pieno da parte dell’Autorità dello *standard* di prova richiesto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE per la prova dell’esistenza di un abuso di posizione dominante, basato sull’accertamento dell’idoneità della condotta di un’impresa dominante ad escludere i concorrenti dal mercato e non già dell’avvenuta esclusione degli stessi. Più specificamente, il Consiglio di Stato ha ampiamente e inequivocabilmente confermato la correttezza dell’accertamento operato dall’Autorità circa la sussistenza del “boicottaggio diretto”, perpetrato ai danni delle imprese di logistica che si erano rivolti agli armatori concorrenti e consistente nei mancati imbarchi, nei rifiuti di prenotazioni e nell’improvvisa risoluzione dei contratti di lungo periodo, quale comportamento contrario all’art. 102 TFUE ovvero, dunque, come un abuso idoneo a precludere l’accesso di tali concorrenti al mercato e, dunque, capace di produrre effetti pregiudizievoli sul mercato e sulla concorrenza³⁵.

³⁴ La Parte cita i seguenti casi: il caso I793 in cui l’Autorità, facendo applicazione del paragrafo 34 delle Linee Guida, ha ritenuto congruo ridurre la sanzione da irrogare a una delle parti sottoposta alla procedura di concordato in continuità aziendale in misura pari all’80%; il caso I742 dove l’Autorità ha valorizzato l’ammissione al concordato preventivo riducendo la sanzione, sempre ai sensi dell’art. 34 delle Linee Guida, del 90% della sanzione applicabile. La Parte cita anche il caso I723 – *Intesa nel mercato delle barriere stradali* nell’ambito del quale l’Autorità, sulla base delle statuizioni del Consiglio di Stato nella sentenza n. 4335/19, ha ridotto l’originaria sanzione dell’86%.

³⁵ Cfr. i punti 18 e 19 della Sentenza.

43. Sulla base della Sentenza, il rigetto del motivo di appello proposto dall’Autorità in relazione alla prova dell’illegittimità del “boicottaggio indiretto” non comporta, come afferma la Parte, la caducazione di gran parte dell’abuso imputato a Moby/CIN. Invero, non vi è alcun elemento, né nel Provvedimento, né nella Sentenza, che consenta di affermare che il “boicottaggio diretto”, chiaramente confermato dal Consiglio di Stato, abbia rivestito un ruolo minoritario e/o residuale nell’ambito della strategia abusiva originariamente ascritta alle imprese del gruppo Onorato.

44. Altresì si ritiene che il “boicottaggio diretto”, quale abuso escludente che, secondo il Giudice amministrativo di ultima istanza, è stato realizzato da Moby/CIN, costituisca un illecito grave.

45. Non risultano, infatti, condivisibili le argomentazioni di Parte circa la non gravità dello stesso in ragione dell’asserita mancata produzione di effetti anticoncorrenziali.

46. Anzitutto si osserva che le specifiche affermazioni del Consiglio di Stato individuate dalla Parte per sostenere tale tesi non risultano pertinenti. Tali statuizioni fanno, invero, riferimento esclusivamente al “boicottaggio indiretto” e costituiscono la motivazione alla base della caducazione di tale specifica condotta. Infatti, è solo in tale contesto che il Giudice amministrativo di ultima istanza ha ricordato che una condotta può essere considerata anticoncorrenziale, ovvero capace di produrre effetti pregiudizievoli sul mercato, solo all’esito di una accurata valutazione istruttoria e di una puntuale indagine. Siffatte puntualità e accuratezza, come già affermato, sono, viceversa, caratteristiche attribuite dal Giudice all’attività istruttoria svolta dall’Autorità in relazione all’accertamento del “boicottaggio diretto” quale abuso escludente.

47. Parimenti, il riferimento del Consiglio di Stato alla presenza sul mercato di un operatore forte non può essere validamente addotto come elemento che esclude la portata anticoncorrenziale dell’abuso attribuito a Moby/CIN anche dopo la Sentenza, in quanto il Giudice menziona tale impresa solo ed esclusivamente come operatore in grado di porre in essere “una altrettanto aggressiva politica scontistica”, con ciò individuando un elemento ostativo del giudizio di anticoncorrenzialità circoscritto al solo “boicottaggio indiretto”³⁶.

48. Pertanto, le valutazioni del Consiglio di Stato circa la sussistenza del “boicottaggio indiretto” non possono essere estese al “boicottaggio diretto” per derivarne un giudizio di non gravità. Ciò significherebbe, infatti, confondere il piano della sussistenza dell’illecito, che, come già detto, per ciò che riguarda il “boicottaggio diretto”, è stata inequivocabilmente confermata dal Giudice, con il piano della sua gravità.

49. Anche il richiamo al passaggio della Sentenza nel quale il Consiglio di Stato fa riferimento alla “reale ed effettiva incidenza in termini di sofferenza commerciale a carico degli altri operatori presenti nel mercato di riferimento”, non può essere utilizzato per affermare che, laddove l’Autorità non sia stata in grado di dimostrare siffatti effetti negativi, l’abuso non può essere considerato grave. Tali statuizioni, invero, si riferiscono a elementi che sarebbe stato necessario dimostrare per giustificare l’aggravamento della sanzione per il tramite dell’entry fee, ovvero per considerare l’abuso particolarmente grave. L’assenza di tale prova, tuttavia, non può certamente condurre ad escludere *in toto* la gravità dell’abuso nella sua interezza.

50. In disparte tali considerazioni, si osserva altresì, e in via più generale, che la gravità di un abuso escludente non si misura esclusivamente sugli effetti che questo ha prodotto sul mercato e sulla concorrenza, ma *in primis* sulla sua idoneità a produrli, essendo sufficiente per l’integrazione della

³⁶ V. il punto 24 della Sentenza.

violazione un effetto anticoncorrenziale potenziale. D'altronde, come ha affermato lo stesso Consiglio di Stato, “[a]i fini dell’art. 102 TFUE, la prova dell’oggetto e dell’effetto anticoncorrenziale si confondono tra loro: se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un’impresa dominante è di restringere la concorrenza, un tale comportamento è di per sé pregiudizievole, in quanto può anche comportare tale effetto [...]. L’illecito, cioè, si perfeziona con la condotta anticoncorrenziale, purché di suo idonea a turbare il suo funzionamento corretto e in esso la libertà stessa del mercato”³⁷.

51. Inoltre, il Giudice ha chiaramente affermato anche che l’istruttoria condotta dall’Autorità ha correttamente consentito alla stessa di attribuire all’abuso escludente commesso da Moby/CIN un’idoneità lesiva anche nei confronti dei consumatori. Tale potenzialità lesiva parimenti contribuisce alla valutazione dell’abuso escludente come illecito grave, senza che sia necessario a tal fine verificare che siffatta idoneità si sia tradotta in effetti pregiudizievoli concreti per tali soggetti.

52. Per tutte le ragioni suesposte si ritiene che dalla Sentenza emerga che l’impresa dominante abbia posto in essere un abuso escludente più circoscritto nei propri contorni fattuali rispetto a quelli accertati nel Provvedimento, ma comunque idoneo a produrre effetti negativi sulla concorrenza e sul mercato. La conferma da parte del Giudice della sussistenza del “boicottaggio diretto” posto in essere nei confronti delle imprese di logistica che si sono servite dei concorrenti di Moby/CIN, infatti, consente di individuare in ogni caso, e nonostante la caducazione del “boicottaggio indiretto”, la sussistenza di un comportamento caratterizzato da un grado significativo di offensività concorrenziale, ancorché meno grave di quello originariamente accertato nel Provvedimento.

53. Quanto alla durata dell’illecito, si osserva che il Consiglio di Stato ha rigettato gli appelli proposti sia dall’Autorità sia dalle società del gruppo Onorato in relazione alla durata dell’abuso, confermando che l’infrazione ha avuto inizio il 28 settembre 2015 ed è terminata il 31 dicembre 2016. Pertanto, la stessa risulta essere stata perpetrata da Moby/CIN per 15 mesi, ovvero per un periodo di tempo, certamente inferiore (poco più della metà) rispetto a quello accertato nel Provvedimento, ma comunque sufficientemente lungo.

VII. LA RIDETERMINAZIONE DELLA SANZIONE

54. Tutto ciò premesso, al fine di quantificare la nuova sanzione si ricorda che, ai sensi dell’articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall’articolo 31 della legge n. 287/90, al fine della determinazione della sanzione devono essere considerati la gravità della violazione, le condizioni economiche delle imprese coinvolte, nonché il loro comportamento e, in particolare, le eventuali iniziative volte a eliminare o attenuare le conseguenze delle violazioni. A tale scopo si richiama altresì la Comunicazione della Commissione relativa agli orientamenti per il calcolo delle ammende del 1998 e le Linee Guida dell’Autorità sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità in applicazione dell’articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 (Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n. 25152).

55. In primo luogo, in ottemperanza alla decisione del Giudice amministrativo, la sanzione va rideterminata escludendo la “entry fee”. In secondo luogo, l’abuso posto in essere da Moby/CIN

³⁷ Così Tribunale UE, 17 dicembre 2003, in causa T-219/99; v. anche Tribunale UE, 29 marzo 2012, in causa T-336/07; Tribunale UE, 30 settembre 2003, in causa T-203/01 Michelin.

permane grave, in considerazione della conferma da parte del medesimo giudice della fattispecie di “boicottaggio diretto”. È, inoltre, necessario tener conto dell’avvenuta caducazione del “boicottaggio indiretto”. Pertanto, si ritiene di procedere ad una riduzione sostanziale, superiore al 50%, della percentuale del fatturato specifico da porre alla base del calcolo della nuova sanzione e di rideterminare tale percentuale dal 9% al 4% del fatturato specifico realizzato dal gruppo Onorato nel 2016.

56. Quanto alla durata dell’illecito, si osserva che l’infrazione ha avuto inizio il 28 settembre 2015 e ha avuto fine il 31 dicembre 2016. Essa ha avuto, dunque, una durata di 15 mesi³⁸.

57. Sulla base delle considerazioni che precedono circa i parametri di gravità e durata dell’illecito commesso da Moby/CIN, si ritiene di applicare alla Parte una sanzione pari a 4.000.664,11 euro.

58. Ai fini della rideterminazione della sanzione, si ritiene altresì necessario considerare le condizioni economiche e finanziarie attuali delle imprese interessate dall’originario procedimento istruttorio. Al riguardo, si rileva che le imprese del gruppo Onorato hanno ampiamente documentato e messo in evidenza le problematiche condizioni economico-finanziarie in cui le stesse versano [*omissis*]*, tanto che in data 5 luglio 2021 sono state entrambe ammesse alla procedura di concordato preventivo in continuità aziendale³⁹.

59. Due dei tre precedenti adottati dalla Parte per invocare una ulteriore riduzione dell’80-90% della nuova sanzione, ai sensi dell’art. 34 delle Linee Guida, in considerazione di tali circostanze e in particolare della necessità di evitare la lesione dei diritti del ceto creditorio convocato nella procedura concordataria, non risultano tuttavia conferenti. Questi, infatti, riguardano casi di riduzione dell’ammenda in sede di originaria comminazione della sanzione, e non di rideterminazione della stessa⁴⁰. Anche il terzo precedente citato dalla Parte quale esempio di riduzione della sanzione in considerazione di eventi occorsi nell’arco temporale intercorso tra l’irrogazione della stessa e la sua riscossione, riguarda una diversa ipotesi di rideterminazione dell’ammenda inflitta, che originava dall’istanza dell’impresa sanzionata di revisione in autotutela del provvedimento sanzionatorio, e non, come nel caso di specie, dall’ordine del Giudice che con sentenza ha annullato (parzialmente) il provvedimento dell’Autorità⁴¹. Infine, tutti e tre i precedenti citati dalla Parte riguardano società poste in liquidazione o che avevano cessato la propria attività.

60. Cionondimeno si ritiene che, in applicazione dell’art. 11 della legge n. 698/81, richiamato dall’art. 31 della legge n. 287/90, che richiede di tenere conto delle attuali condizioni economiche dell’impresa, le critiche condizioni economico-finanziarie nelle quali versano attualmente le società del gruppo Onorato, come evidenziate dalle imprese, debbano essere tenute in debita considerazione. Ciò conduce a ritenere ragionevole un’ulteriore riduzione dell’ammenda da comminare a Moby/CIN. Al contrario, ciò non vale a ritenere che nel caso di specie ricorrano i presupposti per poter applicare una sanzione di importo simbolico, come invocato dalla Parte, trattandosi, per le ragioni suesposte, di un illecito qualificabile come grave.

³⁸ Per un totale di 460 giorni, corrispondenti a un coefficiente moltiplicativo di durata dell’infrazione pari a circa 1,26.

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

³⁹ V. doc. 20, con relativi allegati, e doc. 21.

⁴⁰ V. provv. 26705 del 25 luglio 2017, par. 361; provv. 26686 del 19 luglio 2017, par. 353.

⁴¹ V. provv. 28009 del 27 novembre 2019.

61. Alla luce di tali considerazioni si ritiene opportuno ulteriormente ridurre la sanzione così come rideterminata a 1 milione di euro (con una riduzione di circa il 75%).

Tutto ciò premesso e considerato,

RITENUTO, pertanto, di dover procedere, in ottemperanza alla citata sentenza del Consiglio di Stato, a rideterminare la sanzione da irrogare alle società Moby S.p.A. e Compagnia Italia di Navigazione S.p.A. per la violazione accertata nella misura di 1.000.000 euro (un milione di euro);

DELIBERA

che la sanzione amministrativa pecuniaria da applicare a Moby S.p.A. e Compagnia Italia di Navigazione S.p.A. per le violazioni alle stesse ascritti nel provvedimento dell'Autorità n. 27053 del 28 febbraio 2018, è quantificata nella misura di 1.000.000 € (unmilione di euro).

La sanzione amministrativa pecuniaria *supra* deve essere pagata entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997.

Il pagamento deve essere effettuato telematicamente con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito *internet www.agenziaentrate.gov.it*.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e successivamente pubblicato ai sensi di legge.

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 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
Filippo Arena

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

A537 - MERCATO DELLA PRODUZIONE DI CONTENITORI IN PET*Provvedimento n. 29869*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 29 ottobre 2021;

SENTITO il Relatore, Professor Michele Ainis;

VISTO l'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea ("TFUE");

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

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

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

VISTO il proprio provvedimento del 28 gennaio 2020, n. 28106, con il quale è stato avviato nei confronti di Husky Injection Molding Systems Ltd, Husky Injection Molding Systems S.A. e Husky Italia S.r.l., un procedimento istruttorio, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, per accertare una presunta violazione dell'articolo 102 del TFUE;

VISTO il proprio provvedimento del 1° dicembre 2020, n. 28467, con cui è stata deliberata la sostituzione del responsabile del procedimento per sopravvenute esigenze organizzative;

VISTO l'articolo 103, comma 1, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, come modificato dall'articolo 37 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, in virtù del quale il termine di chiusura del procedimento è stato prorogato al 21 giugno 2021;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (di seguito anche CRI) di cui l'Autorità ha verificato la non manifesta infondatezza nel corso della riunione dell'8 giugno 2021;

VISTI i propri provvedimenti n. 29705 dell'8 giugno 2021 e n. 29749 del 13 luglio 2021, con cui sono state deliberate le proroghe, rispettivamente al 30 settembre 2021 e al 30 ottobre 2021, del termine di conclusione del procedimento, considerate la complessità della fattispecie oggetto del procedimento e la necessità di garantire alle parti il più ampio esercizio del diritto di difesa e il pieno dispiegarsi del contraddittorio;

VISTE le memorie difensive presentate dalle parti nel corso del procedimento e, da ultimo, l'8 settembre 2021;

SENTITI in audizione finale, in data 13 settembre 2021, i rappresentanti delle società Husky Injection Molding Systems Ltd, Husky Injection Molding Systems S.A. e Husky Italia S.r.l. e della società segnalante;

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

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI DEL PROCEDIMENTO

1. Husky Injection Molding Systems Ltd è la società posta a capo del gruppo canadese Husky, operatore *leader* a livello mondiale nella fornitura di sistemi completi impiegati nella produzione di preforme in PET (cosiddetti sistemi di stampaggio ad iniezione, di seguito SSI¹). In particolare, Husky è il più grande *brand* al mondo fornitore di attrezzature (per la formatura ad iniezione) e servizi per l'industria della plastica², con una delle più vaste linee produttive nel settore. Le attrezzature Husky sono utilizzate per produrre un'ampia gamma di prodotti in plastica quali bottiglie e tappi per bevande, contenitori per cibo, componenti medici e parti per elettronica di consumo.

Il quartier generale del gruppo Husky è localizzato in Canada. Il gruppo dispone altresì di varie sedi nell'area geografica europea, in particolare, in dieci Paesi³ oltre all'Italia.

2. Husky Italia S.r.l. è la società di diritto italiano che costituisce l'unica filiale in Italia del gruppo Husky; essa svolge attività di assistenza tecnica in relazione a macchinari, stampi, accessori e parti. Nello specifico, la società ha quale oggetto sociale lo svolgimento di attività di commercializzazione ed assistenza tecnica di macchinari, stampi, accessori e parti per la lavorazione delle materie plastiche, derivati ed affini. Husky Italia risulta aver conseguito, nel corso dell'esercizio 2020, un fatturato totale pari a circa 1,7 milioni di euro.

3. Husky Injection Molding Systems S.A. è una società lussemburghese che detiene l'intero capitale sociale di Husky Italia. Si tratta della principale sede europea del gruppo (spesso indicata come "European headquarters" e qualificata nel sito ufficiale del gruppo quale "Technical Center") presso la quale, inoltre, risulta anche la presenza di uno dei principali siti produttivi dell'intero gruppo Husky.

4. Nel seguito del presente provvedimento, il termine Husky o gruppo Husky farà riferimento all'insieme delle società sopra elencate.

5. Il segnalante *[omissis]** è una società *[omissis]* attiva nella progettazione, produzione e commercializzazione a livello mondiale di macchinari e stampi a iniezione per la produzione di preforme in PET.

¹ Per Sistema di Stampaggio ad Iniezione (SSI) si intende il sistema composto da un macchinario per la produzione ad iniezione di preforme, da uno stampo ad iniezione e da altre attrezzature come, ad esempio, la mano di presa.

² Secondo quanto riportato nel sito *internet* dello stesso gruppo "Husky Injection Molding Systems is the world's largest brand name supplier of injection molding equipment and services to the plastics industry. With one of the broadest product lines in the industry, Husky equipment is used to manufacture a wide range of plastic products such as bottles and caps for beverages, containers for food, medical components and consumer electronic parts". Cfr. sito www.husky.co.

³ Austria, Repubblica Ceca, Danimarca, Lussemburgo, Spagna, Svizzera, Russia, Turchia, Ucraina e Regno Unito.

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

II. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

6. Il procedimento istruttorio è stato avviato il 28 gennaio 2020⁴ a seguito degli approfondimenti svolti in relazione alla segnalazione della società [omissis], che aveva denunciato un presunto abuso di posizione dominante posto in essere da Husky nel settore dei sistemi ad iniezione per preforme in materiale plastico di tipo PET.

7. In particolare, secondo il segnalante il gruppo Husky avrebbe abusato della propria posizione di dominanza in modo escludente allo scopo di impedire ad altri operatori di competere nella produzione e commercializzazione di stampi a iniezione da utilizzare nei macchinari impiegati per la realizzazione di preforme in PET. Husky avrebbe posto in essere una strategia di vendita abbinata di natura tecnica tale da rendere incompatibile, o quanto meno non efficiente, l'uso di stampi a iniezione prodotti da terzi sui propri macchinari di nuova generazione. In particolare, a partire dal 2014, Husky avrebbe apposto sui propri macchinari di nuova generazione HPP⁵ un sistema basato su sensori elettronici in grado di far funzionare il macchinario a piena velocità solo in presenza di uno stampo Husky, dotato di uno speciale *chip* elettronico - *ID tag* - riconosciuto dal macchinario. Laddove il sistema rilevasse, al contrario, l'utilizzo di uno stampo prodotto da terzi, la *performance* del macchinario sarebbe diminuita.

8. Nello specifico, l'apposizione di questi sensori avrebbe determinato un sensibile rallentamento dei tempi del processo di produzione delle preforme in PET, incidendo negativamente sulla velocità di iniezione del materiale all'interno dello stampo e/o sulla velocità con cui la mano di presa raccoglie le preforme dalla *cold half*. Questo, di conseguenza, avrebbe determinato una riduzione della produttività, con conseguente incremento dei costi di produzione e perdita di fatturato per i clienti⁶.

9. In aggiunta alla descritta modifica tecnica sui nuovi macchinari, Husky avrebbe altresì: (i) negato ai clienti di fornire loro, su specifica richiesta, i cosiddetti codici di sblocco, che permetterebbero di ripristinare la normale funzionalità dei macchinari Husky quando vengono utilizzati stampi della concorrenza; (ii) minacciato di non fornire l'assistenza tecnica ai clienti che avessero installato stampi della concorrenza sui macchinari Husky; (iii) adottato azioni di denigrazione nei confronti dei concorrenti, paventando ai clienti il possibile peggioramento della qualità dei preformati PET qualora realizzati con stampi non originali Husky; (iv) imposto ai clienti una limitazione/annullamento della garanzia sul macchinario in caso di utilizzo di stampi prodotti da terzi.

10. Allo scopo di analizzare compiutamente le tematiche connesse alla questione segnalata, è stato sottoposto un questionario informativo ad un insieme di operatori attivi nei mercati di cui trattasi, sia dal lato dell'offerta che da quello della domanda (per un totale di quindici operatori rispondenti)⁷.

⁴ Con provvedimento n. 28106 del 28 gennaio 2020.

⁵ Si tratterebbe, nello specifico, dei macchinari denominati HyPET 4.0, HPP 4.0 e HPP5.

⁶ In particolare, per il segnalante, la strategia di Husky sarebbe in grado di provocare una perdita del 10% circa della produttività, ossia di 100 milioni di unità su un output standard di un miliardo di preforme annue. Cfr. doc.I.10.

⁷ Cfr. da doc.I.11 a doc.I.37 (questionari inviati) e da doc.I.38 a I.52 (risposte ai questionari).

Analogamente, al fine di approfondire la fattispecie oggetto di segnalazione, è stata inoltre inviata una richiesta di informazioni al segnalante⁸ che è stato anche sentito in audizione⁹.

11. Nella sua adunanza del 28 gennaio 2020, l'Autorità ha deliberato l'avvio di un'istruttoria nei confronti delle società Husky Injection Molding Systems Ltd, Husky Injection Molding Systems S.A. e Husky Italia S.r.l. per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 102 del TFUE. In data 12 febbraio 2020, sono stati svolti accertamenti ispettivi con la collaborazione della Guardia di Finanza presso la società Husky Italia S.r.l. e anche presso la società Husky Injection Molding System SA, con sede in Lussemburgo, con l'ausilio dell'Autorità di concorrenza del Lussemburgo, ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 1, del Regolamento CE n. 1/2003¹⁰.

12. Su istanza di Husky l'Autorità ha deliberato in data 28 luglio 2020 la proroga del termine per presentare impegni, fissando il nuovo termine al 15 novembre 2020. La società tuttavia non ha poi presentato misure ai sensi dell'art. 14-ter della l. n. 287/90¹¹.

13. Con provvedimento n. 28467 del 1° dicembre 2020, per sopravvenuti motivi organizzativi, è stato deliberato dall'Autorità il cambio di responsabile del procedimento istruttorio.

14. L'8 giugno 2021 e il 13 luglio 2021 sono state deliberate (prov. n. 29705 e n. 29749) le proroghe, rispettivamente, al 30 settembre 2021 e al 30 ottobre 2021, del termine di conclusione del procedimento, in considerazione, fra le altre cose, della necessità di garantire alle parti il più ampio esercizio del diritto di difesa e il pieno dispiegarsi del contraddittorio.

15. Nel corso del procedimento le parti hanno più volte effettuato l'accesso agli atti¹² e Husky è stata sentita in audizione il 29 settembre 2020 e il 14 aprile 2021.

16. Husky e il segnalante hanno presentato memorie conclusive l'8 settembre 2021 e, in data 13 settembre 2021, si è svolta l'audizione finale delle parti dinanzi al Collegio.

III. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

I prodotti interessati

17. I macchinari e gli stampi prodotti da Husky vengono utilizzati dai produttori di preforme in PET, nonché dai produttori di contenitori (prevalentemente bottiglie) che hanno internalizzato la produzione per la realizzazione di tali prodotti.

⁸ Cfr. doc.I.6 (richiesta di informazioni) e doc. I.8 (risposta alle informazioni richieste).

⁹ Cfr. doc.I.10.

¹⁰ L'attività ispettiva presso la sede della società Husky Injection Molding System SA si è conclusa il 9 marzo 2020 con l'acquisizione, in busta chiusa, della copia di back-up, fornita dalla parte, degli account di posta elettronica di cinque esponenti della società. Superata la fase critica dell'emergenza sanitaria, le buste chiuse in questione sono state aperte dai funzionari dell'Autorità del Lussemburgo, in presenza degli avvocati della parte, l'8 luglio 2020, ed è quindi iniziata, in contraddittorio con la parte, l'attività di analisi e selezione dei relativi documenti che si è poi conclusa il successivo 17 luglio. I documenti acquisiti nell'ambito dell'attività ispettiva sono stati poi trasmessi all'Autorità, ai sensi dell'articolo 12 del Regolamento CE n. 1/2003, ai fini della loro acquisizione nel fascicolo istruttorio del caso A537. Le attività ispettive citate, a differenza di quanto sostenuto da Husky, si sono dunque svolte nel pieno rispetto dei diritti di difesa della parte.

¹¹ Diversamente da quanto sostenuto da Husky, la decisione di non presentare impegni è stata il frutto di un'autonoma scelta della parte (per una replica più specifica sul punto si veda quanto contenuto nelle *slide* allegate al verbale – all.1 - dell'audizione finale del 13 settembre 2021).

¹² Avverso la lettera degli uffici del 17 dicembre 2020 di rigetto parziale dell'istanza di accesso agli atti di Husky, la società ha presentato ricorso, allo stato pendente, dinanzi al Consiglio di Stato (n. ruolo 059280/2021).

18. Una preforma in PET è un semilavorato che - a seguito di un ulteriore processo di lavorazione denominato soffiaggio¹³, che si pone quindi a valle del processo di stampaggio interessato dal presente caso - viene trasformato in un contenitore (bottiglie, flaconi, ecc.) destinato a diversi usi industriali (tra cui alimentare, cosmetico e farmaceutico).

19. Il processo di produzione di una preforma in PET è denominato stampaggio ad iniezione. Lo stampaggio ad iniezione richiede principalmente tre elementi: i) un macchinario; ii) uno stampo installato al suo interno che, a sua volta, è composto da un pezzo 'maschio' a forma di provetta (denominato *cold half*) e da un pezzo 'femmina' a forma cilindrica e cavo (denominato *hot half*); iii) una mano di presa, situata nella parte interna del macchinario e detta anche *cool pick* (o *take out plate*).

20. Il processo di stampaggio comprende cinque fasi principali:

- la fusione del PET: i granuli di resina PET sono immessi all'interno del macchinario, in cui il movimento della cosiddetta vite di plastificazione ne provoca la fusione¹⁴;
- l'iniezione del materiale fuso nello stampo chiuso: i pistoni del macchinario iniettano il materiale fuso nella *hot half* dello stampo e la *cold half* gli dà la forma;
- l'apertura dello stampo: all'apertura dello stampo, le preforme - attaccate alla *cold half* - sono portate fuori dallo stampo stesso dalla mano di presa;
- il raffreddamento delle preforme: le preforme vengono raffreddate e poi caricate su un nastro;
- lo stoccaggio delle preforme: le preforme¹⁵ vengono infine stoccate in un contenitore cubico.

21. Macchinari e stampi impiegati nello stampaggio risultano quindi prodotti tra loro complementari. Diversi operatori risultano attivi nella produzione sia di macchinari che di stampi; tuttavia, mentre Husky fornisce unicamente stampi per i propri macchinari, altri operatori concorrenti sono attivi anche nella progettazione e produzione di stampi compatibili con i diversi tipi di macchinari in commercio, tra cui quelli della stessa Husky. La domanda di macchinari e stampi è rappresentata, come visto, dai produttori di preforme in PET nonché dai produttori di contenitori (prevalentemente bottiglie) che hanno internalizzato la produzione delle preforme.

I mercati rilevanti

22. Le condotte oggetto del procedimento, come ipotizzato nell'avvio, interessano, dal punto di vista merceologico, i mercati: i) dei macchinari per la produzione di preformati in PET; ii) degli stampi, in cui coesistono sia operatori integrati verticalmente (tra cui Husky) che imprese specializzate solo nella produzione e vendita di stampi.

¹³ Il soffiaggio o stampaggio per soffiaggio (o formatura per soffiaggio o, anche, *blow molding*) è il processo di trasformazione della preforma in PET in un prodotto cavo (bottiglie o flaconi). Tale processo avviene insufflando aria compressa nella preforma posizionata all'interno di uno stampo, in modo tale che 'gonfiandosi' la preforma prenda la forma delle pareti interne dello stampo. La bottiglia viene quindi raffreddata e prelevata dallo stampo.

¹⁴ Il polietilene tereftalato o polietilentereftalato (indicato anche con le sigle PET, PETE, PETP o PET-P) fa parte della famiglia dei poliesteri ed è una resina termoplastica (la quale ad alte temperature può essere portata ad uno stato viscoso e successivamente 'formata') adatta al contatto alimentare.

¹⁵ La preforma in PET ottenuta a seguito dello stampaggio ha un finish (o collo della bottiglia) che non viene modificato nel successivo processo di trasformazione della preforma in bottiglia (ossia nel soffiaggio). Diametro e tipologia di filetto del finish determinano il tipo di tappo utilizzabile e, quindi, l'impiego della bottiglia (per diversi possibili liquidi). Diametro, lunghezza e forma complessiva della preforma (dritta, a campana, a conicità inversa) determinano, invece, le caratteristiche principali del contenitore soffiato (tra le quali la forma e la grammatura, ossia il peso in grammi).

23. Per quel che concerne la dimensione geografica degli ambiti merceologici interessati, considerati, in particolare, la tipologia dei prodotti, la natura di fornitori globali dei principali operatori e in particolare delle Parti, l'incidenza dei costi di trasporto (che risulterebbe molto contenuta), nel provvedimento di avvio è stata ipotizzata una rilevanza sovranazionale dei mercati in questione.

La posizione dominante

24. L'attività istruttoria svolta e soprattutto la documentazione reperita in ispezione hanno confermato la posizione di assoluto rilievo detenuta da Husky nel mercato dei macchinari per la produzione di preforme in PET e questo a prescindere dall'esatta delimitazione dell'ambito geografico rilevante (sia esso mondiale o europeo). Assume rilievo, in tal senso, quanto contenuto nel doc. IV.200, documento interno elaborato dalla società, in cui sono riportati i dati di mercato relativi al 2018, riprodotti nella tabella di seguito riportata.

Tabella 1-Mercato mondiale della vendita dei macchinari per la produzione di preforme in PET - 2018

	Valore delle vendite (mln dollari)	Quota di mercato in valore	Quota di mercato in volume
Husky	[100-511]	[70-75]%	[60-65]%
Altri operatori	[100-511]	[25-30]%	[40-45]%
Totale	[511-700]	100%	100%

Fonte: DOC. IV.200 del 6 dicembre 2018 - documento interno Husky.

25. Da quanto sopra, risulta che Husky, a livello mondiale, nel 2018, deteneva una quota del [70-75]% nel mercato della vendita dei macchinari per la produzione di preforme in PET.

26. Anche nel mercato della vendita degli stampi ("tooling") per la produzione di preforme in PET, Husky risulta essere presente in misura significativa. Infatti, a livello mondiale, nel 2018, Husky era attivo in tale mercato con una quota del [45-50]%.

Tabella 2 -Mercato mondiale della vendita degli stampi ("tooling") per la produzione di preforme in PET - 2018

	Valore delle vendite (mln dollari)	Quota di mercato in valore	Quota di mercato in volume (cavities*)
Husky	[100-511]	[45-50]%	[65-70]%
Altri operatori su macchine Husky	[100-511]	[20-25]%	[30-35]%
Altri operatori	[100-511]	[30-35]%	
Totale	563	100%	100%

* capacità complessiva di produzione di preforme in ragione del numero di cavità presenti in ciascun stampo.
Fonte: DOC. IV.200 del 6 dicembre 2018.

27. Altri dati, contenuti in documenti interni alla società, mostrano che Husky detiene quote di mercato significative in modo stabile e duraturo almeno dal 2012. Nel doc. II.79, contenente una presentazione sull'attività del gruppo del 2012, si legge "*Husky maintains approximately [70-75]% of the global PET preform equipment market, including machines, molds, auxiliaries and services. As a pioneer in PET, Husky has a track record of driving productivity in PET preform manufacturing seeing a [5-10]% annual production improvement*". Sul punto rileva anche una mail interna del 2014 dove è riportato che "*Husky has a dominant market share in PET, achieved by delivering industry-leading products and services*"¹⁶. Diversi documenti reperiti in ispezione, relativi alle strategie commerciali del gruppo nel mercato dell'Europa meridionale (ossia in Francia, Spagna e Italia), che forniscono, per ciascun paese, i dati relativi alle vendite¹⁷, mostrano come nel mercato italiano dei macchinari per la produzione di preforme in PET la quota di Husky si sia attestata nel 2018 intorno al [70-75]%

28. Anche le informazioni agli atti relative alla diffusione dei macchinari di Husky confermano la posizione di assoluto rilievo della società nel mercato della vendita di macchinari per produzione di preforme in PET. I macchinari Husky risultano infatti essere i più acquistati ed apprezzati sul mercato. In tal senso si pongono le risposte ai questionari inviati dalla Direzione che mostrano che tutti gli operatori che hanno fornito una risposta (nove) utilizzano, esclusivamente o insieme a quello di un concorrente, un macchinario Husky¹⁸.

29. In generale, Husky si conferma dunque un operatore dotato di una significativa posizione nei mercati rilevanti. Ciò è desumibile non solo dalla quota di mercato, particolarmente elevata, ma anche da un insieme di altri fattori quali:

- i. lo scarto rispetto alle quote dei principali concorrenti. In particolare, in ambito europeo, Husky copre il [70-75]% circa della domanda e la quota residua risulta frammentata tra più operatori, il principale dei quali è Nestal-Machinery con una quota del [10-15]% circa, cui segue SIPA con una quota del [5-10]% circa¹⁹;
- ii. la percezione, da parte dei clienti, di una qualità superiore dei suoi prodotti. Tale dato emerge incontestabilmente dai questionari inviati agli operatori del mercato, in cui infatti tutti gli operatori che rappresentano la domanda (e che hanno risposto) hanno indicato come dotati di un elevato grado di qualità i prodotti di Husky²⁰;
- iii. la connessa consolidata reputazione, la capacità produttiva e il *network* di assistenza post-vendita diffuso in modo capillare in moltissimi paesi.

Le condotte di Husky

30. Nel provvedimento di avvio è stato ipotizzato che Husky avrebbe apposto sui propri macchinari di nuova generazione HPP un sistema che consentirebbe la verifica della tipologia di stampo installato e farebbe funzionare il macchinario a piena velocità solo in presenza di uno stampo Husky,

¹⁶ Cfr. doc.IV.247.

¹⁷ Si tratta dei doc. IV.149, IV.151-161 e IV.196 "*Europe south 2018 strategy*". Nelle molteplici versioni del documento, acquisite in ispezione, che riguardano le strategie commerciali di Husky per la Francia, la Spagna e l'Italia, vengono forniti i dati delle vendite e le quote di mercato della società scomposti per ciascun paese.

¹⁸ Cfr. doc.I.38-I.52.

¹⁹ Dati forniti dal segnalante in doc.I.8

²⁰ Cfr. doc. doc.I.38-I.52.

dotato di uno speciale *chip* elettronico - ID tag - riconosciuto come tale dal macchinario. Qualora il sistema rilevi, al contrario, l'utilizzo di uno stampo prodotto da terzi (non dotato di ID Tag), la *performance* del macchinario diminuirebbe. L'utilizzo di stampi di operatori terzi avrebbe quindi determinato una riduzione della velocità di funzionamento del macchinario che si è ipotizzato potesse incidere significativamente sui costi produttivi.

31. Secondo quanto ipotizzato in avvio, Husky avrebbe dunque posto in essere, almeno a far data dal 2014, una strategia di vendita abbinata di natura tecnica tale da rendere incompatibile, o quanto meno non efficiente, l'uso di stampi a iniezione prodotti da terzi sui propri macchinari di nuova generazione.

32. Husky, oltre ad aver implementato sistemi tecnici atti a diminuire le *performance* dei macchinari, avrebbe adottato azioni volte a dissuadere i clienti dal ricorrere all'uso di stampi di produttori concorrenti. E' stato inoltre osservato in avvio che la modifica tecnica in questione, apposta sui macchinari di nuova generazione, non sembrerebbe giustificata da necessità oggettive, in quanto l'utilizzo di stampi di produttori terzi non inficerebbe la sicurezza del processo produttivo e/o l'integrità degli stessi macchinari installati da Husky.

33. Di seguito si riportano le informazioni acquisite nel corso dell'attività istruttoria con riferimento alle condotte di Husky sopra citate. Si anticipa fin d'ora che alla luce delle informazioni agli atti, anche a seguito delle attività ispettive svolte, non risulta possibile confermare quanto ipotizzato nell'avvio.

Sistema ID tag e meccanismo di de-tuning - rallentamenti nella produzione in caso di utilizzo di stampi della concorrenza su macchinari Husky

34. Husky negli ultimi anni (a partire dal 2014) ha immesso sul mercato nuovi sistemi di stampaggio ad iniezione (modelli HyPET 4.0, HPP 4.0 e HPP 5.0, c.d. sistemi HPP). Tali sistemi permettono di operare ad elevate velocità (velocità HPP) con riduzione dei tempi di formatura e conseguente aumento della produttività²¹.

35. Il sistema ID Tag caratterizza proprio i sistemi HPP di Husky ed è basato su sensori elettronici che permettono una comunicazione tra il macchinario e lo stampo ad iniezione consentendo alla macchina di riconoscere i componenti di tipo meccanico che sono inseriti negli stampi Husky HPP. L'ID Tag consente al macchinario di "identificare" lo stampo come uno stampo Husky idoneo a funzionare alla massima velocità. La mancanza di tali componenti nello stampo determina dunque l'attivazione del c.d. meccanismo di *de-tuning* con la conseguente riduzione della velocità del macchinario.

36. In particolare, il *de-tuning* è un meccanismo che opera "*nel caso in cui componenti potenzialmente inadatti vengono fatti funzionare al Livello di Velocità HPP*" e che impedisce "*il funzionamento di tutti quei componenti che potrebbero non essere in grado di resistere alle sollecitazioni estreme dovute al funzionamento ad un livello di prestazioni HPP, a prescindere che siano essi prodotti dalla stessa Husky (i.e., stampi di generazioni precedenti Husky) o dai suoi concorrenti*"²². L'utilizzo di stampi non dotati di ID Tag nei macchinari Husky di ultima

²¹ Cfr. doc.V.325.

²² Cfr. *ibidem*.

generazione non impedisce a questi ultimi di funzionare, ma comporta un adeguamento *“della loro performance agli attuali standard di mercato”*²³.

37. La riduzione della velocità di produzione dei macchinari Husky di ultima generazione opera sia nel caso di utilizzo di stampi di concorrenti che in quello di stampi della stessa Husky non dotati del sistema ID Tag²⁴. Tale circostanza costituisce un dato di fatto oggettivo e pacifico per il mercato, riconosciuto dalla stessa società. In tal senso rileva quanto dichiarato dal coordinatore assistenza tecnica Italia del gruppo Husky secondo cui *“le macchine di nuova generazione hanno una tecnologia basata sul riconoscimento di trasponder (cosiddetti tag) inseriti nei molds che consente alle macchine di tarare le proprie performance di funzionamento. In particolare, una macchina di nuova generazione in cui venga inserito un mold Husky non dotato di tag riconoscerà l’assenza del tag stesso e determinerà una modifica del funzionamento della macchina finalizzata alla tutela dell’incolumità dell’utilizzatore e del buon funzionamento della macchina stessa. In particolare tale modifica consiste nella riduzione della pressione di iniezione”*²⁵. E ancora sul punto si pone anche il doc. II.69, consistente in una mail dell’1 febbraio 2019 inviata da Husky a un cliente, in cui la società consiglia per un incremento della produttività del 10% di utilizzare nelle macchine di ultima generazione stampi Husky dotati di ID Tag. In particolare si legge: *“Lo stampo [omissis] è do[t]ato di ID tags per il riconoscimento automatico dalla pressa questo permette una diminuzione del tempo [tempo] ciclo con conseguente aumento produttività fino ad un 10%”* (correzioni aggiunte). In senso analogo rileva anche quanto osservato dalla società Retal che, nella risposta al questionario trasmesso dall’Autorità, ha confermato di aver riscontrato *“possibili rallentamenti dei cicli di produzione fino al 10%”*²⁶ durante l’utilizzo di macchinari Husky di tipo HPP con stampi di terzi e di essere al corrente del fatto che la *“combinazione stampo + macchina HPP comporta una tecnologia che permette maggiore efficienza”*²⁷.

38. Con riferimento alla strategia di vendita di pacchetti integrati “stampo + macchinario” di Husky, risulta la possibilità per i clienti di acquistare dalla società, anche in prima fornitura, il solo macchinario senza stampi²⁸. In generale è emerso che l’offerta di un pacchetto “macchinario + stampo” rappresenti per l’operatore integrato un vantaggio in termini di qualità²⁹.

39. Soltanto un documento reperito in ispezione riguarda le problematiche legate alla velocità di produzione riscontrate da un cliente a causa dell’utilizzo di uno stampo di terzi in un macchinario Husky di ultima generazione. Si tratta di uno scambio di mail dell’11 ottobre 2019 fra un cliente e Husky in cui si discute del fatto che il macchinario Husky avrebbe erroneamente riconosciuto come stampo HPP lo stampo di un produttore terzo e si sarebbe di conseguenza settato per andare alla massima velocità³⁰. Questo sembra destare preoccupazione nella società perché alcune componenti

²³ Cfr. *ibidem*.

²⁴ In questo caso si registrano dunque limiti alla c.d. retrocompatibilità dei componenti di generazioni precedenti prodotti da Husky.

²⁵ Cfr. allegato al doc. II.62.

²⁶ Cfr. doc.I.40, risposta al quesito 22.

²⁷ Cfr. doc.I.40, risposta al quesito 24.

²⁸ Cfr. dichiarazioni allegate a verbale ispettivo (doc. II.62).

²⁹ Cfr. doc. I.38 e doc. I.42, risposte al quesito 35.

³⁰ Cfr. doc. II.76.

del sistema potrebbero subire dei danneggiamenti. In particolare si legge “[omissis]”³¹. Le altre mail acquisite in ispezione che fanno riferimento alla limitazione della velocità di produzione sono tutte relative all’uso di macchinari Husky in abbinamento a stampi Husky e attengono a questioni particolari³².

40. Da ultimo il segnalante ha prodotto documentazione comprovante l’operare del meccanismo di *de tuning* dei macchinari Husky in caso di utilizzo degli stessi con stampi di terzi. Si tratta di scambi di email con quattro clienti che usano in macchinari Husky e stampi non Husky³³. Dalle comunicazioni prodotte emerge che tali stampi sono riconosciuti come privi di ID Tag con conseguenti problemi di settaggio dei macchinari Husky e ritardi nella produzione, dato l’attivarsi del meccanismo di *de tuning*. I clienti chiedono se si può intervenire per far operare i macchinari al pieno delle loro potenzialità anche in abbinamento a stampi privi di ID Tag³⁴.

41. Come visto, dunque, e come chiarito dalla stessa Husky, la previsione del sistema ID Tag e, segnatamente della funzione di *de tuning*, nelle macchine Husky di ultima generazione non consente ai clienti di utilizzare il macchinario a piena velocità con stampi di produttori terzi.

42. La velocità dei macchinari citati è di certo un aspetto importante per il mercato. La stessa Husky valorizza nelle proprie offerte commerciali anche la velocità dei propri macchinari, presentando al mercato modelli capaci di raggiungere una velocità produttiva sempre maggiore.

43. Tuttavia, l’attività istruttoria ha evidenziato che la velocità non è l’unico parametro sulla base del quale vengono valutate le prestazioni degli impianti di preformatura e si realizza la competizione tra i produttori di macchinari e di stampi. Risulta infatti che, oltre alla velocità, assumono rilievo, il prezzo³⁵ e l’interoperabilità nonché, sotto il profilo tecnico, anche le caratteristiche di affidabilità, disponibilità e manutenibilità dell’intero impianto, ossia i cosiddetti parametri RAM (*Reliability, Availability and Maintainability*) che, unitamente alle prestazioni nominali di produttività, portano alla determinazione dell’*Overall Equipment Effectiveness* (OEE), ossia alla produttività netta dell’impianto, calcolata come produzione buona vendibile nell’unità di tempo³⁶.

44. Sul punto, in senso analogo, dalle risposte ai questionari risulta che solo un operatore - ossia Nuovaplast - su 15 rispondenti, ritiene che la riduzione dei tempi di produzione, riconducibile all’utilizzo di stampi di operatori terzi su macchinari Husky HPP, produca effetti tangibili di limitazione dell’attività produttiva³⁷.

³¹ Cfr. *ibidem*.

³² I doc. II.65., II.71 e II.77 testimoniano, infatti, un problema peculiare [omissis].

³³ Cfr. memoria del segnalante di replica alla CRI, pagg.14-16 e allegati nn.4-7.

³⁴ Cfr. allegati 4 e 5 alla memoria del segnalante.

³⁵ In particolare, sul prezzo, si rappresenta che oltre ad Husky, che sostiene l’esistenza di un’agguerrita competizione di prezzo da parte dei concorrenti Sacmi e Sipa, anche il segnalante ne evidenzia l’importanza quale leva concorrenziale; in tal senso da ultimo nella memoria dell’8 settembre 2021 si legge che il prezzo è un fattore imprescindibile della dinamica concorrenziale, al pari della velocità, della qualità e dell’innovazione e che in presenza di limitazioni del tempo del ciclo minimo, la scelta del prodotto (stampo) rimane necessariamente una questione di prezzo.

³⁶ Cfr. allegato tecnico alla memoria infra-procedimentale del 16 marzo 2021 (doc.V.316) e pag.12 allegato 2 al doc.V.262.

³⁷ Cfr. doc.I.43.

45. Un altro operatore, già peraltro destinatario del questionario, ha rappresentato da ultimo (come risulta in una *mail* del 6 agosto 2021, prodotta dal segnalante in allegato alla memoria dell'8 settembre 2021), di considerare il tempo-ciclo un parametro fondamentale³⁸.

46. Infine, con particolare riguardo agli stampi, è emerso che importanti variabili competitive sono individuate dal prezzo³⁹ e dalle caratteristiche di compatibilità degli stampi con i macchinari di operatori terzi⁴⁰.

Le azioni di Husky volte a dissuadere i clienti dall'utilizzare stampi di terzi

47. Come riportato nell'avvio, secondo il segnalante, Husky avrebbe inoltre: (i) negato ai clienti i codici di sblocco per ripristinare la normale funzionalità dei macchinari Husky; (ii) minacciato di non fornire l'assistenza tecnica ai clienti che avessero installato stampi della concorrenza sui propri macchinari; (iii) adottato azioni di denigrazione nei confronti dei concorrenti, paventando ai clienti il possibile peggioramento della qualità dei preformati PET qualora realizzati con stampi non Husky.

48. In relazione ai codici di sblocco alcuni documenti ispettivi sembrano mostrare che sia possibile, dal punto di vista tecnico, rimuovere il limite alla velocità di funzionamento del macchinario, sia manualmente che con un intervento da remoto⁴¹, mediante l'inserimento di appositi codici. Risulta, infatti, che in almeno due occasioni Husky abbia effettivamente utilizzato i codici di sblocco in favore dei propri clienti. Tuttavia, si tratta in entrambi i casi di interventi a carattere temporaneo, posti in essere da Husky in attesa di individuare una soluzione definitiva ai problemi riscontrati dai clienti durante l'utilizzo di stampi Husky nei macchinari Husky⁴². Diversamente, non si ha alcun riscontro documentale del fatto che i codici siano stati utilizzati o possano essere utilizzati per ripristinare la piena velocità dei macchinari Husky laddove utilizzati in abbinamento a stampi di terzi.

49. Quanto alle altre condotte di Husky volte a dissuadere i clienti dall'utilizzare stampi di concorrenti, si rappresenta che la documentazione ispettiva non fornisce evidenze sul punto.

50. Gli unici elementi agli atti che riguardano il tentativo di Husky di favorire l'acquisto dei propri stampi sono dunque i due documenti prodotti dal segnalante.

51. Il primo documento è una *mail* in cui Husky si limita ad esaltare ad un cliente la qualità dei propri stampi e a paventare la possibilità di incorrere in limitazioni della garanzia dei macchinari laddove utilizzati con stampi di terzi. Nella *mail* si legge: "*So you may also lose the production, quality and this would impact further on your blowing equipment resulting more scrap. AS I have explained that our preform testing criteria is unique and will not possible anybody to match our*

³⁸ Cfr. memoria del segnalante dell'8 settembre, pag.13 e allegato n.3.

³⁹ Cfr. per tutti i doc. I.38 e doc.I.42, risposte al quesito 25, e il doc. I.43, risposta al quesito 13.

⁴⁰ In tal senso si pone, fra gli altri, un documento interno di Husky (doc. IV.186 - *slide* di presentazione della strategia di vendita dell'Europa occidentale) in cui sono individuati come possibili spazi di crescita i seguenti: *[omissis]* (*slide* 5).

⁴¹ Sull'esistenza di codici di sblocco il segnalante aveva dichiarato di essere a conoscenza del fatto che un cliente era riuscito ad entrare in possesso dei codici di sblocco di Husky, potendo in tal modo utilizzare macchinari HPP a velocità piena in combinazione con stampi terzi.

⁴² In particolare, in un caso (cfr. doc.II.70) *[omissis]*. In un altro caso, *[omissis]*. (Cfr. doc.II.68).

perform quality.”⁴³ ed ancora che “*you may also void the warranty as per the terms and condition which benefits you long term for the machine*”⁴⁴.

52. Il secondo documento⁴⁵ è una proposta commerciale di Husky rivolta ad un potenziale cliente in cui si legge, in una nota, che la società si riserva la facoltà di interrompere la vendita del proprio macchinario laddove l’acquirente abbia intenzione di utilizzarlo con stampi di terzi. Tale proposta commerciale si differenzia tuttavia dalle altre acquisite in ispezione in cui non risulta presente la condizione citata⁴⁶.

53. Infine, con riferimento specifico alle condizioni di garanzia, dalle risposte ai questionari somministrati al mercato, risulta che le condizioni e le limitazioni previste da Husky (quale, ad es., quella di non estendere la propria garanzia standard ai danni causati dall’utilizzo di prodotti di terzi) siano in realtà in linea con la prassi comune del settore. In tal senso, ad esempio, si pone quanto dichiarato dalla società BVA che prevede limiti alla garanzia dei propri macchinari nel caso in cui siano utilizzati con stampi di terzi (non coprendo alcuni difetti che potrebbero derivare dall’utilizzo di uno stampo non originale)⁴⁷.

Le argomentazioni di Husky

54. Husky, nel corso delle audizioni tenutesi con gli uffici, nella propria memoria infra-procedimentale del 16 aprile 2021, nella relazione tecnica della *Industrial Engineering Consultant* (IEC)⁴⁸ e, da ultimo, nella memoria finale dell’8 settembre 2021, ha rappresentato la propria posizione rispetto a quanto ipotizzato nel provvedimento di avvio del procedimento.

55. In particolare, per la parte, gli ambiti merceologici rilevanti sarebbero troppo ristretti in quanto limitati ai macchinari (ad iniezione) usati per la produzione di preforme in PET e, dunque, la posizione di Husky sarebbe stata sovrastimata. A detta della parte, dovrebbero essere considerati non solo i c.d. macchinari a due stadi, ma anche quelli ad uno stadio e a 1,5 stadi (ossia quelli che svolgono sia l’attività di stampo delle preforme che quella di soffiaggio), nonché sia i sistemi di stampaggio ad iniezione che quelli basati su tecnologie alternative. In tal modo, il mercato si caratterizzerebbe per la presenza di numerosi fornitori competitivi con un portfolio di prodotti diversificato in cui peraltro sarebbero presenti clienti con un forte potere contrattuale⁴⁹.

56. L’implementazione del sistema ID Tag e la previsione del meccanismo di *de-tuning* sarebbero giustificate da ragioni di sicurezza. A detta della parte, i sistemi di stampaggio ad iniezione HPP di Husky sarebbero caratterizzati da un livello di prestazioni più elevato - in termini di tempo/ciclo, *output* previsto e preforme progettate -, nonché da una migliore qualità, rispetto agli attuali *standard* di mercato. Al fine di ottenere queste prestazioni, Husky avrebbe avviato un’ampia riprogettazione della sua serie di precedente generazione HyPET, rinforzando *inter alia* parti specifiche con componenti in grado sopportare le maggiori forze coinvolte nel processo di produzione. In

⁴³ Cfr. All.13 del doc. I.1.

⁴⁴ Cfr. *ibidem*.

⁴⁵ Allegato n.2 alla memoria del segnalante dell’8 settembre 2021.

⁴⁶ Cfr. docc.IV.113, IV.114, IV.115, IV.118, IV.120, IV.126, IV.128, IV.129, IV.130, IV.131, IV.132 e IV.139.

⁴⁷ Cfr. doc.I.38, quesito 44.

⁴⁸ Cfr. rispettivamente i doc.V.262, V.318 (verbali delle audizioni); V.316 (memoria) e V.325 (relazione tecnica IEC).

⁴⁹ Cfr. sul punto i doc. V.316 e V.262.

particolare, gli ingegneri di Husky avrebbero dovuto fare scelte specifiche in termini di progettazione di macchinari e relativa componentistica, imponendo i limiti necessari in termini di retrocompatibilità delle attrezzature e dei sotto-sistemi di generazioni precedenti, i quali non sarebbero più in grado di sopportare le sollecitazioni e/o le velocità operative raggiungibili con i macchinari HPP. L'ID Tag assicurerebbe infatti, fra le altre cose, anche il funzionamento sicuro dei macchinari di Husky proprio attraverso lo specifico meccanismo di sicurezza denominato *HPP de-tuning*. Husky - essendo ben consapevole dei possibili rischi connessi all'utilizzo al livello di velocità HPP di attrezzature non specificamente progettate per resistere alle forze coinvolte in tale processo di produzione da parte dei propri clienti - ha deciso di implementare la tecnologia *HPP de-tuning*, ossia una misura di sicurezza *ad hoc* che consente ai macchinari per la produzione ad iniezione di preforme HPP di funzionare alla massima velocità solo in presenza di utensili specificamente progettati per tali prestazioni. L'unico obiettivo perseguito da Husky attraverso l'*HPP de-tuning* sarebbe quello di gestire i rischi legati all'utilizzo di macchinari intrinsecamente pericolosi, quali ad esempio le deformazioni plastiche, l'usura anticipata dei componenti, l'insorgere di cricche e la conseguente rottura delle parti meccaniche, che possono portare ad un degrado dell'integrità del sistema di stampaggio ad iniezione nel suo complesso, con effetti negativi non solo sulla qualità della produzione, ma anche - e soprattutto - sulla sicurezza dell'operatore che utilizza i SSI sul luogo di lavoro⁵⁰.

57. Per Husky, dunque, l'eliminazione del meccanismo citato non sarebbe percorribile atteso che questo potrebbe: a) compromettere la sicurezza degli operatori coinvolti nella gestione dei sistemi o l'integrità di quest'ultimi nel caso di una diffusione incondizionata di codici di sblocco; b) esporre Husky al rischio di essere coinvolta in procedimenti per responsabilità civile e penale per via di malfunzionamenti; c) danneggiare la reputazione della società; d) limitare l'innovazione in un mercato altamente competitivo.

58. In particolare, su tale ultimo aspetto Husky ha precisato di essere il vero innovatore del mercato i cui risultati hanno generato significativi effetti pro-concorrenziali per l'industria dei contenitori in PET, in quanto hanno aumentato l'efficienza del processo produttivo, riducendo così i costi di produzione dei clienti. Persino i concorrenti di Husky avrebbero tratto beneficio dalle predette innovazioni, dal momento che questi tenderebbero ad adottare le soluzioni già implementate da Husky sui propri macchinari. Inoltre, innovare nel settore sarebbe sempre più difficile, poiché ogni aumento delle prestazioni espone i sotto-sistemi ed i componenti dei SSI a sollecitazioni dinamiche, termiche e vibrazionali sempre più estreme. Per questo l'attività di ricerca, sviluppo e perfezionamento tecnologico di Husky si concentra quasi esclusivamente sui sistemi, accessori ed impianti immessi sul mercato dalla stessa società.

59. Quanto alla presunta pratica di vendita abbinata di cui all'avvio, Husky osserva che i propri clienti possono sia acquistare liberamente i macchinari per la produzione ad iniezione di preforme HPP senza stampi ad iniezione HPP, sia utilizzare i macchinari in questione con stampi ad iniezione Husky di precedente generazione o prodotti da terze parti. Anche laddove vengano utilizzati con componenti di terzi (e, quindi, non al livello di velocità HPP), i macchinari HPP di Husky offrirebbero comunque prestazioni superiori allo standard di mercato.

⁵⁰ Cfr. sul punto i doc.V.316 e V.318.

60. Inoltre, la decisione di Husky di non fornire assistenza tecnica su componenti prodotte da terzi e di non estendere la propria garanzia standard ai danni causati da questi rappresenterebbe una scelta del tutto legittima e ragionevole, in linea con le prassi nel settore dei macchinari industriali.

61. Per Husky non vi sarebbero prove del fatto che la condotta escludente contestata nell'avvio abbia prodotto effetti. Infatti, concorrenti come Sacmi e Sipa avrebbero registrato crescite significative negli ultimi anni. In particolare, Sipa, il principale concorrente, avrebbe registrato i suoi migliori risultati nel 2019 nonostante - secondo quanto ipotizzato - sia esposta sin dal 2014 alle asserite condotte escludenti.

62. In generale, Husky ritiene che il procedimento sia affetto da vizi procedurali. In particolare, l'Autorità non avrebbe rispettato il termine indicato dall'art. 14 della Legge n. 689/1981 per la notifica delle contestazioni degli illeciti amministrativi e le ispezioni condotte dal *Conseil de la Concurrence* del Lussemburgo sarebbero state effettuate senza il rispetto delle *best practice* in tema di ispezioni adottate a livello comunitario dalle autorità antitrust.

63. A detta della parte, infine, il segnalante e anche l'Autorità avrebbero ritardato in maniera pretestuosa la chiusura del procedimento per danneggiare Husky che avrebbe già subito, per il protrarsi del procedimento, danni economici e reputazionali⁵¹.

Le argomentazioni del segnalante

64. Secondo il segnalante, la documentazione in atti e quella fornita da ultimo con la memoria di replica alla comunicazione delle risultanze istruttorie mostrerebbe che Husky ha abusato della propria posizione dominante nel mercato dei macchinari per la produzione di preforme in Pet.

65. In particolare, Husky avrebbe introdotto un sistema di riconoscimento di TAG che di fatto non consente l'utilizzo di stampi di terzi, comportando limiti alla velocità e alla qualità della produzione e in alcuni casi addirittura il blocco totale dei macchinari⁵².

66. A detta della parte, la previsione dei Tag determinerebbe non solo una riduzione della velocità di produzione, ma anche il declassamento degli stampi della concorrenza (che dovrebbero essere configurati come se operassero in macchine di versioni precedenti) con perdita di qualità e prestazioni degli stampi.

67. La velocità produttiva sarebbe l'elemento fondamentale nella valutazione delle scelte di acquisto degli operatori del settore. In tal senso si porrebbe la *mail*, allegata alla memoria finale, inviata il 6 agosto 2021 da un cliente di Husky al segnalante, in cui l'operatore evidenzia quanto sia importante il fattore tempo sul suo ciclo produttivo⁵³.

⁵¹ Diversamente da quanto sostenuto dalla parte, la tempistica del procedimento è dipesa, non solo dai normali adempimenti posti a garanzia del contraddittorio, ma anche da richieste e iniziative procedurali della stessa Husky. A titolo esemplificativo (oltre al contenzioso sull'accesso agli atti e alla richiesta di proroga ottenuta per poi non presentare impegni), si consideri: i) l'istanza del 4 gennaio 2021 di accesso ai propri documenti reperiti in ispezione in Lussemburgo, motivata dall'esigenza di poter formulare più facilmente un'istanza di riservatezza sugli stessi - istanza tuttavia pervenuta solo il 23 marzo 2021 nonostante l'accesso sia stato comunque effettuato il 22 gennaio u.s. e l'ispezione conclusa nel luglio 2020; ii) l'istanza di audizione presentata il 2 febbraio 2021, condizionata al preliminare ed imminente deposito di una memoria infra-procedimentale, inviata, tuttavia, soltanto il 16 marzo 2021, con successiva fissazione dell'audizione il 14 aprile 2021 (data peraltro individuata per far fronte alle esigenze prospettate dalla parte). Cfr. sul punto, la presentazione degli uffici contenuta nell'allegato n.1 del verbale dell'audizione finale.

⁵² Cfr. memoria dell'8 settembre 2021, in particolare pag.15-16.

⁵³ Cfr. pag.13 della memoria citata e allegato n.3.

68. Nelle condizioni generali di vendita di Husky sarebbe individuabile l'intento escludente della società che infatti si riserva il diritto di sospendere la vendita di un macchinario se l'acquirente intende integrarlo con stampi concorrenti⁵⁴.

69. La condotta di Husky non sarebbe giustificata da ragioni di sicurezza, dato che, fra le altre cose, i requisiti di sicurezza degli impianti (stampi + macchinari) sarebbero garantiti da standard normativi e certificazioni di qualità e, ad ogni modo, la previsione del meccanismo di *de tuning* non potrebbe considerarsi la misura meno restrittiva possibile.

70. La condotta di Husky integrerebbe un'ipotesi di *tying* tecnologico, per cui Husky, sulla base di consolidata giurisprudenza, sarebbe obbligata ad evitare qualsiasi forma di discriminazione dei concorrenti nei mercati a valle, che abbia anche solo la probabilità di avere effetti anticoncorrenziali.

71. Pertanto, a detta della parte, l'intervento sanzionatorio dell'Autorità sarebbe essenziale per scongiurare la creazione, per via illecita, di un monopolio⁵⁵.

IV. VALUTAZIONI

Premessa

72. Come di seguito chiarito nello specifico e alla luce di quanto sopra riportato, le evidenze raccolte nel corso dell'attività istruttoria in merito ai possibili effetti restrittivi della condotta sulla concorrenza non sono risultate sufficienti a confermare quanto ipotizzato nel provvedimento di avvio dell'istruttoria.

73. Di seguito, si procederà pertanto ad esaminare esclusivamente gli aspetti principali della condotta di Husky riportati nel provvedimento di avvio senza approfondire nello specifico gli elementi che caratterizzano i mercati rilevanti (per i quali si rinvia a quanto in precedenza riportato), la cui definizione può dunque in questo contesto rimanere aperta.

Le condotte di Husky: l'impossibilità di confermare l'ipotesi prospettata in avvio

74. Con il procedimento in esame si è inteso accertare la presunta strategia escludente di Husky consistente nella vendita abbinata, su base tecnica, dei propri macchinari di ultima generazione per la produzione di preforme in Pet con i propri stampi di ultima generazione, tale da impedire, o rendere fortemente anti-economica, la sostituzione degli stampi con prodotti della concorrenza.

75. Come emerge da quanto sopra riportato, la documentazione agli atti non fornisce evidenze idonee a suffragare quanto ipotizzato, con particolare riguardo all'idoneità della condotta di Husky ad integrare una significativa restrizione della concorrenza, vietata ai sensi dell'art. 102 TFUE. Neanche la documentazione prodotta da ultimo dal segnalante appare idonea a comprovare la sussistenza di un pregiudizio per la concorrenza.

76. Gli elementi acquisiti mostrano che Husky ha introdotto il sistema ID Tag nei propri macchinari e nei propri stampi di ultima generazione (c.d. HPP) che consente di raggiungere un'elevata velocità di produzione.

⁵⁴ Cfr. pag 16 della memoria citata e allegato n.2.

⁵⁵ Cfr. pag.3-5 della memoria.

77. L'utilizzo di stampi non dotati di ID Tag nei macchinari Husky di ultima generazione, non impedisce a questi ultimi di funzionare, ma comporta un adeguamento "*della loro performance agli attuali standard di mercato*"⁵⁶, data l'attivazione del c.d. meccanismo di *de-tuning*.

78. L'effetto del meccanismo di limitazione automatica della velocità di funzionamento dei macchinari Husky HPP risulta essere quello di una riduzione della velocità produttiva del 10% rispetto alla velocità massima raggiunta dalla macchina a pieno regime⁵⁷. Non si tratta, dunque, dell'impossibilità di utilizzare gli stampi dei terzi nei macchinari Husky HPP, ma di una riduzione delle prestazioni del macchinario, principalmente in termini di velocità produttiva, nell'ipotesi di utilizzo di stampi della concorrenza o di stampi Husky di vecchia generazione⁵⁸. Tale limite sarebbe, a detta di Husky, giustificato da esigenze di sicurezza⁵⁹.

79. L'asserita condotta escludente sarebbe stata implementata a far data dal 2014, ossia da quando sarebbero stati immessi nel mercato i sistemi HPP (ossia macchinari Husky funzionanti al massimo delle potenzialità produttive solo in abbinamento agli stampi Husky dotati di ID Tag). Tuttavia, come visto, dalle risposte ai questionari inviati dall'Autorità risulta che solo un operatore (Nuovaplast) ritiene che i limiti alla velocità dei macchinari HPP Husky di ultima generazione producano "*effetti tangibili che limitano la loro attività produttiva*"⁶⁰.

80. Inoltre, nell'ambito del procedimento non è emerso che il fattore della velocità abbia un ruolo centrale e determinante nelle scelte degli acquirenti dei macchinari e degli stampi considerato, peraltro, che oltre alla velocità anche il prezzo⁶¹ e l'interoperabilità rappresentano fattori importanti nella competizione tra i produttori di macchinari e di stampi.

81. In tal senso si osserva che anche la documentazione prodotta da ultimo dal segnalante⁶² non contraddice quanto fin qui osservato, atteso che si tratta di una sola *mail* del 6 agosto 2021 proveniente peraltro da un operatore, già destinatario del questionario dell'Autorità, che sembra aver cambiato opinione sull'importanza della velocità dei propri cicli produttivi⁶³.

82. Non risulta dunque che la riduzione della velocità produttiva introdotta da Husky con il meccanismo di *de tuning* sia in concreto pregiudizievole per la clientela e sia in grado di orientare diversamente le scelte di acquisto della stessa in danno della concorrenza. Sul punto si consideri

⁵⁶ Cfr. doc. V.323.

⁵⁷ In tal senso si veda oltre a quanto rappresentato dal segnalante anche il doc.II.69 in cui Husky chiarisce ad un cliente che "Lo stampo [*omissis*] è dotato di ID tags per il riconoscimento automatico dalla pressa questo permette una diminuzione del tempo ciclo con conseguente aumento produttività fino ad un 10%".

⁵⁸ Secondo Husky peraltro "la limitazione del ritmo produttivo dei sistemi HPP [...] Non impedisce l'operatività del sistema ma allinea il tempo di ciclo a standard attuali di mercato (es. HyPet Gen 1) garantendo condizioni di sicurezza in linea con lo stato dell'arte." *Slide* allegate al verbale di audizione del 29 settembre 2020, doc.V.262.

⁵⁹ Cfr. per tutti, la memoria finale dell'8 settembre 2021 e la presentazione della società allegate al verbale dell'audizione finale del 13 settembre 2021.

⁶⁰ Cfr. doc.I.43.

⁶¹ Sul prezzo si osserva che oltre ad Husky (che sostiene l'esistenza di un'agguerrita competizione di prezzo da parte dei concorrenti Sacmi e Sipa), anche il segnalante ne evidenzia l'importanza quale leva concorrenziale (cfr. memoria dell'8 settembre 2021).

⁶² Cfr. allegato alla memoria del segnalante dell'8 settembre 2021.

⁶³ Come visto, infatti, solo un operatore (Nuovaplast) su quindici aveva considerato rilevante l'effetto di una riduzione della velocità sulla propria attività produttiva.

altresì, che, come sostenuto da Husky, negli ultimi anni i suoi principali concorrenti hanno registrato crescite in termini di fatturato.

83. Per quanto riguarda poi le presunte indebite pressioni esercitate da Husky sui clienti per imporre l'acquisto abbinato di macchinari e stampi si osserva che, neanche a seguito delle attività ispettive svolte, sono emersi elementi comprovanti le condotte citate.

84. Risulta quindi smentita l'ipotesi secondo cui tali prodotti non possono essere acquistati separatamente e la documentazione prodotta dal denunciante non appare idonea a dimostrare il contrario.

85. Il segnalante, come visto in precedenza (cfr. paragrafi 52 e 53) si è limitato a produrre, a tale riguardo due documenti, nessuno dei quali – unitamente alle risultanze dell'istruttoria - risulta sufficiente a confermare l'ipotesi accusatoria: i) in una *mail* Husky si limita a paventare ad un cliente la possibilità di incorrere in limitazioni della garanzia dei macchinari laddove utilizzati con stampi di terzi, in conformità, dunque, alle condizioni generali di garanzia adottate dalla società, in linea con la prassi del settore; ii) l'altro documento consiste in una singola proposta commerciale il cui contenuto, diversamente da quanto sostenuto dal segnalante, non risulta integrato nelle condizioni generali di vendita di Husky, che invece sono state reperite in ispezione e acquisite al fascicolo istruttorio⁶⁴.

86. Sul punto si consideri che, diversamente da quanto ritenuto dal segnalante, in analogia alla giurisprudenza e ai recenti casi della Commissione europea in materia di *tying* tecnologico⁶⁵, la presenza di prove concrete circa la portata restrittiva, ancorché potenziale, della condotta di Husky si pone quale condizione necessaria e imprescindibile per l'accertamento di una violazione dell'art. 102 TFUE.

V. CONCLUSIONI

87. L'attività istruttoria svolta, anche attraverso le attività ispettive, non ha dunque consentito di acquisire elementi sufficienti a ritenere che la condotta di Husky integri una restrizione significativa della concorrenza, in violazione dell'articolo 102 del TFUE, consistente in una strategia abusiva idonea ad escludere i concorrenti dal mercato.

88. Pertanto, a prescindere da una valutazione circa la sussistenza di una posizione dominante di Husky nei mercati interessati dal procedimento, circa l'esatta qualificazione della condotta della parte e/o circa la sussistenza di ragioni giustificative delle stesse, si ritiene che dall'esame dell'intera documentazione agli atti, non siano emerse evidenze o fatti idonei a confermare l'accertamento di un abuso di posizione dominante di natura escludente da parte di Husky in violazione dell'articolo 102 del TFUE.

RITENUTO, pertanto, alla luce degli elementi di fatto e di diritto illustrati, che le evidenze agli atti non consentono di dimostrare che Husky Injection Molding Systems Ltd, Husky Injection Molding Systems S.A. e Husky Italia S.r.l. abbiano posto in essere le condotte abusive della posizione dominante ipotizzate nel provvedimento di avvio;

⁶⁴ Cfr. fra gli altri, doc.IV.120, doc.128, doc.IV.130, doc.IV.131, doc.IV.132 e doc.IV.139.

⁶⁵ Cfr. la Sentenza del Tribunale UE del 17 settembre 2007, T-201/04, cd. caso Microsoft e i casi della Commissione AT39740 – Google Shopping (decisione del 27 giugno 2017) e AT40099 – Google Android (decisione del 18/07/2018).

Tutto ciò premesso e considerato:

DELIBERA

che in base alle informazioni disponibili sono venuti meno i motivi di intervento, ai sensi dell'articolo 102 del TFUE, nei confronti di Husky Injection Molding Systems Ltd, Husky Injection Molding Systems S.A. e Husky Italia S.r.l..

Il presente provvedimento sarà notificato a tutte le parti del procedimento 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

Filippo Arena

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

A538 - SISTEMI DI SIGILLATURA MULTIDIAMETRO PER CAVI E TUBI

Provvedimento n. 29872

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELL'ADUNANZA del 9 novembre 2021;

SENTITO il Relatore, Professor Michele Ainis;

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

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-ter;

VISTO il Decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217;

VISTO il proprio provvedimento del 13 aprile 2020, n. 29629, con il quale è stata avviata un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti di Roxtec AB e Roxtec Italia S.r.l. per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 102 del TFUE;

VISTA la "Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287", assunta nell'adunanza del 6 settembre 2012 e pubblicata sul Bollettino del 17 settembre 2012, n. 35;

VISTA la comunicazione del 26 ottobre 2021 (cfr. Allegato 1 alla presente delibera), con la quale Roxtec AB e Roxtec Italia S.r.l. hanno presentato impegni, ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90, secondo le modalità indicate specificamente nell'apposito "Formulario per la presentazione degli impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/90", consistenti, in sintesi, nell'impegno:

1. a restringere il perimetro dei prodotti inclusi nella registrazione dei marchi richiamati nel provvedimento di avvio della presente istruttoria e a ritirare le domande di registrazione di marchio ancora pendenti e quindi a consentire ad operatori concorrenti (inclusa WallMax) di immettere sul mercato sistemi di sigillatura basati sulla stessa tecnologia o su una tecnologia analoga a quella utilizzata da Roxtec, senza incorrere in un'ipotesi di contraffazione di marchi;
2. a non impugnare la decisione del Tribunale di Milano, pubblicata il 28 maggio 2021 (R.G.N. 69854/2016), oltre che a non impugnare la decisione del Tribunale di Milano, pubblicata il 20 luglio 2021 (R.G.N. 52949/2017) per parti specificamente indicate;
3. a riconoscere il diritto di WallMax e di ogni altro operatore concorrente di produrre, commercializzare, distribuire e pubblicizzare a livello mondiale i moduli multistrato basati sulla tecnologia Multidiametro™ e, conseguentemente, a non intraprendere a livello mondiale alcuna azione contro WallMax e gli altri concorrenti per contestare la violazione di diritti (esclusi i modelli registrati) che proteggono l'estetica di prodotti multistrato basati sulla tecnologia Multidiametro™, a condizione che (i) non utilizzino in alcun modo la combinazione di colori blu e nero/nero e blu, (ii) in caso i moduli contengano cerchi concentrici neri, siano alternati con cerchi concentrici di almeno due altri colori e il tondo nel centro non sia di colore nero e (iii) lo sfondo rettangolare al di fuori dei cerchi concentrici non sia di colore blu.

CONSIDERATO che gli impegni presentati, nel loro complesso, appaiono non manifestamente infondati e tali da essere suscettibili di pubblicazione, impregiudicata ogni valutazione dell'Autorità sulla loro idoneità a risolvere le problematiche concorrenziali sollevate in sede di avvio;

RITENUTO, pertanto, di poter disporre la pubblicazione dei sopra citati impegni presentati da Roxtec AB e Roxtec Italia S.r.l. affinché i terzi interessati esprimano le loro osservazioni;

DELIBERA

a) di pubblicare, in data 11 novembre 2021, sul sito *internet* dell'Autorità i sopra citati impegni allegati al presente provvedimento, di cui costituiscono parte integrante, presentati da Roxtec AB e Roxtec Italia S.r.l. ai sensi dell'articolo 14-*ter* della legge n. 287/90;

b) che eventuali osservazioni sugli impegni presentati da Roxtec AB e Roxtec Italia S.r.l. dovranno pervenire per iscritto, entro e non oltre il giorno 13 dicembre 2021, alla Direzione Generale per la Concorrenza – Direzione Manifatturiero e Servizi dell'Autorità (Piazza G. Verdi, 6/A, 00198 Roma, Tel.: +39-06-85821.406, Fax: +39.06.85.821.433, pec: *protocollo.agcm@pec.agcm.it*);

c) che eventuali rappresentazioni da parte di Roxtec AB e Roxtec Italia S.r.l. della propria posizione in relazione alle osservazioni presentate da terzi sugli impegni, nonché l'eventuale introduzione di modifiche accessorie agli stessi, dovranno pervenire per iscritto all'Autorità entro e non oltre il 12 gennaio 2022.

IL SEGRETARIO GENERALE

Filippo Arena

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE

C12405 - ENEL PRODUZIONE/ERG HYDRO

Provvedimento n. 29870

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 29 ottobre 2021;

SENTITO il Relatore, Presidente Roberto Rustichelli;

VISTO il Regolamento (UE) n. 139/2014;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

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

VISTA la comunicazione pervenuta il 1° ottobre 2021 da parte della società Enel Produzione S.p.A.;

VISTA la documentazione agli atti;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1. Enel Produzione S.p.A. (di seguito anche "EP") è una società attiva nella produzione e vendita all'ingrosso di energia elettrica, il cui capitale sociale è interamente detenuto da Enel Italia S.p.A., a sua volta, interamente controllata da Enel S.p.A. (di seguito anche "Enel") società capogruppo dell'omonimo Gruppo industriale attivo, principalmente, nei settori dell'energia elettrica e del gas naturale. Enel è una società quotata dal 1999 sul mercato telematico azionario organizzato e gestito da Borsa Italiana S.p.A. e il cui capitale sociale è, attualmente, detenuto per il 23,6%, dal Ministero dell'Economia e Finanza, per il 62,3% da investitori istituzionali e, per il restante 14,1%, da investitori individuali. Il fatturato consolidato di Enel a livello globale è stato, al 31 dicembre 2020, pari a 62,6 miliardi di euro, di cui circa 24 realizzati in Italia. EP, alla stessa data, ha realizzato un fatturato pari a oltre 4,1 miliardi di euro.

2. Erg Hydro S.r.l. (di seguito anche "EH") è la società titolare delle concessioni di derivazione idroelettrica in Umbria, nel Lazio e nelle Marche che costituiscono il c.d. nucleo idroelettrico del Gruppo ERG formato da tredici centrali di grande derivazione idroelettrica, afferenti a dieci concessioni, (*i.e.* con potenza nominale media annua superiore ai 3.000 kW, di seguito anche solo GDI) e quattordici centrali di piccola derivazione idroelettrica (*i.e.* con potenza nominale media annua inferiore ai 3.000 kW), afferenti ad altrettanti concessioni, alle quali ultime si aggiunge un'ulteriore concessione di piccola derivazione denominata Visso Serafini e attualmente non operativa. La capacità installata del predetto nucleo idroelettrico del Gruppo ERG è indicata pari a 527 MW. Sono, inoltre, parte del complesso di centrali idroelettriche summenzionato anche le dighe di La Morica, Alviano, Aja, Marmore, che generano invasi classificabili come "bacini", nonché le dighe di Salto, Turano e Corbara, che generano invasi classificabili come "serbatoi". Il capitale sociale di EH è interamente detenuto da Erg Power Generation S.p.A. (Erg Power), a sua volta

interamente partecipata da Erg S.p.A. EH, al 31 dicembre 2020, ha realizzato, interamente in Italia, un fatturato pari a 121 milioni di euro.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

3. L'operazione notificata (di seguito anche "l'Operazione") consiste nell'acquisizione da parte di EP dell'intero capitale sociale di EH attualmente detenuto da Erg Power (di seguito anche "il Venditore"). L'operazione è il risultato dell'aggiudicazione in favore di EP della procedura di dismissione di EH da parte di Erg alla cui fase finale, relativa alla presentazione di offerte vincolanti, hanno partecipato qualificati operatori nazionali ed esteri sia in forma individuale che in associazione con società estere di investimento o con operatori non attivi nella generazione idroelettrica e interessati a espandersi in questo settore.

4. Il contratto di compravendita prevede, altresì, la sottoscrizione di un *Transitional Services Agreement* (di seguito, "TSA"), ancora in fase di perfezionamento, ai sensi del quale, Erg Power si impegna a offrire a EH alcuni servizi relativi ai sistemi IT nonché alcuni servizi di gestione dell'energia (*Energy Management Services*) per un periodo di tempo limitato (*i.e.* un periodo massimo di nove mesi nel caso dei servizi IT; una durata approssimativa di due mesi per quanto riguarda i servizi di *energy management*). Lo scopo del TSA è quello di evitare, *medio tempore*, l'interruzione di servizi strettamente necessari alla continuità operativa di EH, in quanto quest'ultima non è ancora dotata di un'architettura IT completamente autosufficiente e, quindi, non è ancora in grado di svolgere in modo autonomo l'attività di gestione dell'energia. Il TSA non avrà alcun impatto sulla scelta strategica di come gestire gli impianti oggetto di acquisizione che *post-closing* sarà definita unicamente da EH e dunque dal Gruppo Enel.

5. Il TSA prevede anche *[omissis]**.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

6. L'operazione comunicata, in quanto comporta l'acquisizione del controllo esclusivo di un'impresa costituisce una concentrazione ai sensi dell'art. 5, comma 1 lett. 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, 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 511 milioni di euro e il fatturato totale realizzato individualmente, nell'ultimo esercizio a livello nazionale, da almeno due delle imprese interessate è stato superiore a 31 milioni di euro.

7. Il TSA sottoscritto dalle Parti e descritto in precedenza può qualificarsi come una restrizione accessoria, in quanto caratterizzata da uno stretto nesso funzionale con l'Operazione stessa e limitata a quanto necessario a garantire la continuità di funzionamento di Erg Hydro quale impresa oggetto di acquisizione.

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

8. La possibilità di stipulare *[omissis]* può ritenersi del pari una restrizione accessoria all'Operazione stessa in quanto limitata a garantire *[omissis]*¹.

IV. VALUTAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE

A) Mercati rilevanti

9. In ragione dell'attività svolta dall'impresa acquisita EH, i mercati interessati dall'operazione sono individuati nel/nei: (i) mercato dell'approvvigionamento e vendita all'ingrosso di energia elettrica; (ii) mercato dei servizi di dispacciamento; (iii) mercati delle future procedure pubbliche di assegnazioni delle concessioni di grande derivazione idroelettrica (di seguito anche "GDI") per l'attribuzione delle concessioni di grandi derivazioni d'acqua per uso idroelettrico e (iv) mercato della commercializzazione delle garanzie di origine.

i. Il mercato della produzione e approvvigionamento all'ingrosso di energia elettrica

10. Per quanto riguarda la produzione e vendita all'ingrosso di energia elettrica, il mercato include le transazioni a termine e a pronti concluse attraverso le piattaforme organizzate dal GME (Gestore del Mercato Elettrico), o tramite contratti bilaterali (OTC, *over the counter*). All'interno di esso si annoverano, ad esempio, il cosiddetto "mercato del giorno prima" ("MGP", in cui vengono scambiati diritti/impegni a prelevare/immettere energia elettrica per il giorno successivo) e il "mercato infragiornaliero" ("MI", che prevede ulteriori sessioni di offerte al fine di permettere agli operatori di apportare modifiche ai programmi definiti nel MGP). A tal riguardo, nella propria prassi, l'Autorità non effettua alcuna distinzione all'interno di tale mercato in base alla fonte dell'energia prodotta o alle modalità di produzione o di approvvigionamento.

11. In base alla prassi dell'Autorità, la dimensione geografica del mercato è di tipo *sub*-nazionale, a causa dei macro-vincoli di rete che, in determinate circostanze e, in particolare, nei casi in cui dovessero venire superati i vincoli di transito dell'energia consentiti dalla rete possono portare alla separazione (*splitting*) del mercato in diverse zone, caratterizzate da diversi prezzi di equilibrio su MGP. In particolare, la presenza di tali macro-vincoli, ha indotto l'Autorità a identificare quattro "macro-zone" costituenti altrettanti mercati geografici distinti²: la macro-zona Nord, la macro-zona Sud, la macro-zona Sicilia e la macro-zona Sardegna. Inoltre, in base ai più recenti dati provenienti dal GME, la intensità dei fenomeni di *splitting* del mercato rilevabile nel 2020 e all'inizio del 2021 risulta inferiore a quella rilevabile nel 2016. Ad ogni modo, non è necessario in questa sede mettere in discussione l'ampiezza del mercato in questione perché, come si vedrà, qualunque sia l'ampiezza individuata non si modifica la valutazione della concentrazione. Nel caso di specie, in ragione della operatività dell'impresa acquisita, l'operazione comporta sovrapposizioni nella sola macro-zona Sud (comprensiva delle regioni Toscana, Marche, Lazio, Abruzzo, Campania, Umbria, Molise, Puglia, Basilicata e Calabria).

¹ Cfr. Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle concentrazioni (2005/C 56/03), §32-35.

² Vd. provvedimento n. 28498/2020 di non avvio istruttorio della concentrazione C12339 - *Linea Group Holding/Agripower*, in Bollettino n. 2/2021.

ii. Il mercato dei servizi di dispacciamento

12. Il mercato dei servizi di dispacciamento ha ad oggetto l'approvvigionamento da parte del gestore della rete elettrica - Terna S.p.A. (di seguito "Terna"), unico operatore attivo dal lato della domanda – delle risorse (fornite dagli impianti di produzione) necessarie a risolvere le congestioni della rete all'interno di ciascuna zona, a costituire adeguati margini di capacità di riserva o a mantenere la tensione sulla rete al fine di garantire il dispacciamento in sicurezza dell'energia immessa nel sistema. In particolare, tale mercato si articola in una fase *ex ante* (detta "MSD"), in cui Terna si approvvigiona delle risorse necessarie a costituire i margini di riserva c.d. secondaria e terziaria, a risolvere le congestioni locali e a mantenere la tensione sulla rete al fine di garantire il dispacciamento in sicurezza dell'energia immessa nel sistema, seguita da una successiva fase in tempo reale di bilanciamento (di seguito "MB"), costituita da offerte finalizzate a garantire l'equilibrio in tempo reale tra prelievi e immissioni sulla rete, risolvere le congestioni non programmate e ricostruire le riserve e in cui si distinguono i servizi di regolazione secondaria e i cosiddetti "altri servizi"³.

13. In ragione delle esigenze della rete, sono abilitati a partecipare al mercato dei servizi solo gli impianti di generazione che, ai sensi del Codice di Rete, rispettano una serie di requisiti e caratteristiche di flessibilità (ad esempio la capacità di modulare la produzione nel corso della giornata) e, in particolare, l'erogazione del servizio di regolazione secondaria richiede requisiti di flessibilità più stringenti rispetto a quelli necessari a fornire i c.d. "altri servizi".

14. Nel caso di specie, soltanto tre delle unità produttive acquisite rientranti nel nucleo idroelettrico del Gruppo ERG (Neravelino 1, Cotilia 1 e Tevere 1) risultano dotate dei requisiti di flessibilità necessari a operare nel mercato dei servizi di dispacciamento, una soltanto delle quali (Tevere 1) risulta abilitata alla fornitura del servizio di regolazione secondaria.

15. Nella propria prassi decisionale, l'Autorità ha in genere considerato le fasi MSD e MB e le diverse tipologie di servizi offerti come appartenenti a un medesimo mercato, sebbene in taluni casi essa abbia ipotizzato di considerarli come distinti⁴. Nel caso di specie, come si dirà, non è necessario definire con maggior precisione il perimetro di riferimento del mercato del prodotto, in quanto non cambierebbe l'esito della valutazione.

16. Per quel che riguarda l'estensione geografica del mercato, essa dipende dalle aree geografiche all'interno delle quali Terna può approvvigionarsi dei servizi oggetto di interesse, che, pur potendo talvolta coincidere con le macro-zone, può risultare più ampia o più circoscritta. Quest'ultima possibilità, collegata alla circostanza che specifici raggruppamenti di impianti limitrofi (*cluster*) risultino cruciali per risolvere importanti congestioni locali e mantenere la tensione della rete in una particolare area, in base alle informazioni fornite da Terna, non appare rinvenibile nel caso di specie⁵. Pertanto, in questa sede, la dimensione geografica rilevante può esser fatta coincidere quantomeno con la macro-zona sud.

³ In particolare, Terna, in base alle proprie esigenze, può porsi nel mercato dei servizi di dispacciamento sia come acquirente di energia (fronteggiando, in tal caso, offerte "a salire" da parte degli operatori) che come venditore di energia (fronteggiando, in tal caso, offerte "a scendere" da parte degli operatori).

⁴ Vd. provvedimento n. 25798 del 22 dicembre 2015 di non avvio istruttoria della concentrazione, C12018 - A2A Trading/Ramo d'azienda di Sorgenia Power, in bollettino n. 49/2015, nonché, tra gli altri, caso A498A - ENEL-PREZZI SERVIZI DI DISPACCIAMENTO AREA BRINDISI, provv. n. 26176 del 29 settembre 2016.

⁵ Le unità produttive coinvolte, infatti, non insistono su nodi critici della rete e non appartengono a *cluster* rilevanti ai fini

iii. I mercati delle future procedure pubbliche per l'assegnazione delle concessioni di grande derivazione d'acqua a scopo idroelettrico

17. L'Operazione interessa, altresì, i mercati delle future procedure per l'assegnazione delle concessioni di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico (GDI) attualmente nella titolarità di EH le quali, sulla base delle informazioni fornite in sede di notifica dell'Operazione, sono complessivamente dieci (alcune comprensive di due derivazioni d'acqua) di cui sette site in Umbria, tre nel Lazio e una nelle Marche, tutte con scadenza al 31 dicembre 2029 (v. tabella n. 1).

Tabella n. 1: concessioni di GDI di EH in Umbria, Lazio e Marche

N	Centrale	Potenza nominale	Concessionario	Scadenza
Concessioni di EH in Umbria				
1	Galletto 1	35,0 MW	EH	31/12/2029
2	Galletto 2	89,5 MW	EH	“ “
3	Galletto Pennarossa	3,5 MW	EH	“ “
4	Triponzo	5,2 MW	EH	“ “
5	Monte Argento* Narni	37,4 MW	EH	“ “
		21,5 MW	EH	“ “
6	Nera Montoro	18,1 MW	EH	“ “
7	Baschi* Alviano	36,2 MW	EH	“ “
		5,2 MW	EH	“ “
Concessioni di EH nel Lazio				
8	Cotilia Salto* Cotilia Canetra	16,1 MW	EH	31/12/2029
		3,0 MW	EH	“ “
9	Sigillo	3,1 MW	EH	“ “
Concessioni di EH nelle Marche				
23	Preci	10,9MW	EH	31/12/2029

* Derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico parte di uno stesso Decreto concessorio.

A seguito della novella del D.lgs. 79/1999 da parte dell'art. 11-*quater* della legge n. 12/2019 di conversione con modificazioni del D.L. n. 135/2018⁶, l'affidamento delle concessioni di GDI è stato devoluto alle Regioni le quali possono, alternativamente, assegnare le concessioni di GDI tramite gara a evidenza pubblica, gara a c.d. doppio oggetto o mediante forme di partenariato *ex artt.* 179

dei servizi di dispacciamento. Tale circostanza, confermata da Terna in risposta a una specifica richiesta dell'Autorità sul punto, si evince anche dal Piano di Sviluppo 2021 della società, pag.119-120, reperibile all'indirizzo: https://download.terna.it/terna/Piano_Sviluppo_2021_8d94126f94dc233.pdf.

⁶ Decreto-Legge 14 dicembre 2018, n. 135, recante “*Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione*”, convertito con modificazioni dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12 (c.d. Decreto Semplificazioni).

ss. del D.lgs. 50/2016. È altresì rimessa ad apposita legge regionale la definizione del dettaglio delle procedure di affidamento⁷.

18. Per quanto riguarda la data entro la quale le Regioni devono indire la procedura per la riassegnazione delle concessioni di GDI, la nuova versione dell'art. 12, comma 1-*quater*, del D.lgs. n. 79/1999 prevede che la gara debba essere bandita entro due anni dall'entrata in vigore della predetta legge regionale; termine che, stando alle previsioni normative di legge sulla data entro la quale avrebbero dovuto essere emanate le leggi regionali (31 ottobre 2020 per Lazio e Umbria, fine maggio 2021 per le Marche), si sarebbe collocato al 31 ottobre 2022 per le concessioni di competenza delle regioni Lazio e Umbria e a fine maggio 2023 per le concessioni di competenza della regione Marche⁸.

19. I termini imposti dalla normativa nazionale per l'adozione delle leggi regionali sono però decorsi senza che alcuna delle tre Regioni competenti per l'assegnazione delle concessioni di GDI oggetto di acquisizione vi abbia provveduto, con la conseguenza che, allo stato, non è concretamente individuabile per nessuna delle concessioni in questione il termine di due anni entro il quale devono essere indette le gare per la loro riassegnazione.

20. La normativa vigente non consente, tuttavia, che il mancato esercizio delle proprie prerogative da parte delle regioni si traduca in uno stallo che impedisca *sine die* la effettuazione delle gare. L'art. 12, comma 1-*quater*, secondo periodo del D.lgs. n. 79/1999, infatti, prevede un potere sostitutivo in capo al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (oggi, Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili), che deve procedere all'assegnazione delle concessioni sulla base di un apposito decreto ministeriale, da adottarsi entro il 31 luglio 2022⁹. Nonostante, quindi, un certo grado intrinseco di instabilità del quadro normativo di riferimento, la effettuazione delle gare appare essere un evento certo e relativamente prossimo. Risulta dunque possibile, in coerenza con una costante

⁷ In particolare, è rimessa alle Regioni la definizione delle modalità di svolgimento delle procedure di assegnazione tra quelle consentite, l'individuazione della durata delle concessioni entro un minimo di venti e un massimo di quaranta anni, dei criteri di ammissione e di assegnazione, dei requisiti di capacità finanziaria, organizzativa e tecnica, nonché del trattamento delle c.d. opere asciutte (art. 12, comma 1-*bis* e 1-*ter*, d.lgs. n. 79/1999).

⁸ Ai sensi dell'art. 12, comma 1-*ter* D.lgs. n. 79/1999 e successive modifiche, ciascuna Regione avrebbe dovuto adottare la norma entro il 31 ottobre 2020, termine esteso di ulteriori sette mesi dall'insediamento del nuovo Consiglio regionale per le Regioni interessate dalle elezioni amministrative del 2020 come la Regione Marche per la quale, pertanto, il termine entro il quale adottare la legge regionale è stato esteso di ulteriori sette mesi a partire da fine ottobre 2020 (data di insediamento del nuovo Consiglio Comunale a seguito delle elezioni regionali del 2020) e, quindi, sino a fine maggio 2021. Nell'intenzione del Legislatore nazionale, pertanto, il periodo entro il quale avrebbero dovuto essere avviate le procedure di assegnazione delle concessioni di GDI oggetto di acquisizione è, per quelle di competenza delle regioni Lazio e Umbria il biennio compreso tra il 31 ottobre 2020 e il 31 ottobre 2022 e per le concessioni di competenza della regione Marche il biennio compreso tra fine maggio 2021 e fine maggio 2023.

⁹ Ai sensi della norma citata, in caso di mancato rispetto da parte della Regione interessata del termine di avvio delle procedure di assegnazione delle concessioni di GDI, il ministero procede, in applicazione dell'art. 8 della legge n. 131/2003 (Legge 5 giugno 2003, n. 131, recante "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3". L'art. 8 è rubricato "Attuazione dell'art. 120 della costituzione sul potere sostitutivo), in via sostitutiva all'assegnazione delle concessioni, sulla base di apposito decreto ministeriale, da adottarsi entro il 31 luglio 2022, con cui devono essere "individuare le modalità e le procedure di assegnazione applicabili nell'ipotesi di mancato rispetto del termine di avvio, da parte della regione interessata". Il potere sostitutivo del Governo, sembrerebbe, pertanto, doversi attivare - sebbene con modalità e tempistiche ancora da definire - sia nell'ipotesi in cui la Regione abbia adottato la predetta legge regionale ma non abbia avviato le procedure di assegnazione entro due anni dalla sua entrata in vigore, sia in caso di mancato adozione di tale legge entro il termine individuato dal art. 12, comma 1-*ter*, D.lgs. n. 79/1999, perché, in entrambi i casi, la conseguenza dell'inerzia della Regione sarebbe di vanificare la ratio della norma nazionale finalizzata all'individuazione di un periodo certo di avvio delle procedure di riassegnazione delle concessioni di GDI.

prassi dell’Autorità¹⁰, confermata anche (con riferimento alle analoghe future gare per le cd. concessioni d’ATEM del servizio di distribuzione del gas naturale) dal Giudice amministrativo¹¹, individuare un mercato per ciascuna delle dieci future procedure pubbliche di assegnazione delle concessioni di grande derivazione idroelettrica oggi detenute dalla società acquisita, ognuna delle quali è interessata da differenti vincoli competitivi determinati dalle caratteristiche intrinseche della concessione messa a gara e dal quadro atteso di partecipanti alla gara stessa.

iv. Il mercato della commercializzazione dei certificati d’origine

21. La Garanzia di Origine (GO) è una certificazione che attesta l’origine da fonte rinnovabile dell’energia prodotta dagli impianti qualificati come “impianti a garanzia di origine” (IGO). La quantità di GO di cui un operatore può essere titolare è commisurata alla quantità di energia da fonte rinnovabile che ha immesso nel mercato¹². I titoli sono rilasciati mensilmente e scadono dopo un anno dalla produzione di energia elettrica a cui si riferiscono. Essi assolvono alla funzione di provare al consumatore finale che una certa quantità dell’energia acquistata è stata prodotta da fonte rinnovabile. Si tratta, quindi, di uno strumento di tracciabilità dell’energia prodotta da fonte rinnovabile che assolve a una funzione di trasparenza rispetto alle dichiarazioni commerciali del venditore di energia circa la composizione del *mix* energetico venduto al cliente finale e, di conseguenza, evita che uno stesso quantitativo di energia rinnovabile sia incluso in più contratti di vendita.

22. Le GO sono titoli che possono essere trasferiti disgiuntamente dall’energia a fronte della quale sono stati rilasciati. Esse possono, quindi, essere negoziate nella sede predisposta dal GSE o essere oggetto di libera negoziazione o di assegnazione tramite aste organizzate sempre dal GSE e i titoli inventurati sono, alla fine del periodo di riferimento, ritirati dal GSE. Quanto all’ampiezza geografica di tale mercato, in un proprio provvedimento la Commissione europea, pur non pronunciandosi in maniera netta, non ha escluso una dimensione euro-unitaria¹³. Anche nel caso di specie la definizione può essere lasciata aperta in ragione del fatto che pur assumendo una dimensione nazionale non cambia l’esito della valutazione.

B) Effetti dell’operazione sui mercati interessati

i. Il mercato della produzione e approvvigionamento all’ingrosso di energia elettrica

23. Per quel che riguarda il mercato della produzione e approvvigionamento all’ingrosso di energia elettrica, nel 2020 il gruppo acquirente Enel ha detenuto nella macro-zona sud una quota di circa il [20-25%] in termini di capacità installata, a cui è corrisposta una quota di produzione pari a circa il [15-20%]. A tali posizioni si verrebbe a sommare, ad esito dell’operazione, una quota molto limitata attribuibile agli impianti acquisiti, pari a circa il [1-5%] in termini di capacità installata e il [1-5%] in termini di produzione, per una quota cumulata attribuibile alla *merged entity* pari rispettivamente al [20-25%] e al [15-20%].

¹⁰ Vd., in particolare, provvedimento n. 2550 del 15 luglio 2015 di autorizzazione con condizioni della concentrazione C11990-SEL-Società Elettrica Altoatesina/Azienda Energetica, in Bollettino n. 26/2015 e provvedimento n. 25860 del 3 febbraio 2016 di non avvio istruttoria della concentrazione C12027- Alperia-Hydros-Sel Edison, in Bollettino n. 4/2016.

¹¹ Vd. Consiglio di Stato, sentenza n. 334/2015 del 26 gennaio 2015 (caso C11878-Italgas-Acegas-Aps/Isontina Reti Gas).

¹² In particolare il GSE rilascia un titolo GO per ogni MWh di energia elettrica da fonte rinnovabile immessa in rete (esclusa quella per autoconsumo) da impianti IGO.

¹³ Vd. M8660 - *Fortun/Uniper* del 15 giugno 2018.

24. A livello nazionale il gruppo Enel detiene una quota di mercato *pre-merger* di livello confrontabile, pari a circa il [20-25%] in termini di capacità installata e [10-15%] in termini di produzione, a fronte di un apporto rappresentato dalla società *target* che risulta, ovviamente, ancora molto inferiore se misurato a livello nazionale e pari a circa il [inferiore all'1%] in termini di capacità installate e [inferiore all'1%] in termini di produzione.¹⁴ In base ai dati forniti dalle Parti, inoltre, gli impianti programmabili di Enel e quelli oggetto di acquisizione non sono mai risultati “pivotali” nella macro-zona sud nel corso dell’anno 2020.¹⁵ Sulla scorta di tali dati, l’operazione non risulta costituire o rafforzare una posizione dominante sui mercati della produzione e approvvigionamento all’ingrosso dell’energia.

ii. Il mercato dei servizi di dispacciamento

25. Relativamente al mercato dei servizi di dispacciamento, si rileva, in via generale, come l’operatività della impresa *target* risulti in tale mercato estremamente limitata. Se infatti nel 2020 il gruppo acquirente Enel deteneva nella macro-zona sud una quota del totale delle transazioni (comprendente dei quantitativi venduti a salire e a scendere) pari a circa il [30-35%] (corrispondente a una quota del [40-45%] per i soli quantitativi venduti a salire e del [10-15%] per i soli quantitativi venduti a scendere), la quota attribuibile alle unità produttive della società *target* è estremamente limitata, risultando pari a circa [inferiore all'1%] del totale delle transazioni (e in particolare [inferiore all'1%] dei quantitativi venduti a salire e [inferiore all'1%] dei quantitativi venduti a scendere).¹⁶

26. Inoltre, anche operando una distinzione per tipologia di servizio tra MSD *ex ante*, Bilanciamento per “altri servizi” e Bilanciamento per regolazione secondaria, il gruppo Enel detiene posizioni simili (e in particolare pari a circa il [30-35%] nel mercato MSD, il [30-35%] nel mercato dei servizi di Bilanciamento per “altri servizi” e il [10-15%] nel mercato per regolazione secondaria), mentre le quote di mercato attribuibili alla *target* risultano tutte ampiamente inferiori all’1%.

27. Tenendo altresì conto del fatto che, come anticipato, gli impianti della società acquisita non insistono su nodi critici della rete e non appartengono a *cluster* rilevanti ai fini dei servizi di dispacciamento, l’operazione non risulta in grado di incidere in maniera significativa sulla concorrenza nei mercati dei servizi di dispacciamento¹⁷.

¹⁴ Si rileva, infine, che dal 2018 al 2020 si è assistito a una riduzione delle quote di mercato del gruppo Enel, in tutte le conformazioni citate (sia macro-zonale che nazionale e sia in termini di capacità che in termini di produzione).

¹⁵ Tale dimostrazione si è avvalsa del concetto di “pivotalità semplice” definito dall’Arera, per cui un operatore sarebbe pivotale in una specifica ora e in una prefissata zona (o macrozona) quando almeno parte della sua capacità produttiva oraria localizzata nella medesima zona (o macrozona) risulta indispensabile al soddisfacimento del fabbisogno orario di energia elettrica (o di potenza), nell’ipotesi in cui: i) tutti i suoi concorrenti utilizzino interamente la propria capacità produttiva che risulti disponibile nell’ora e localizzata nella medesima zona (o macrozona); ii) risulti altresì interamente utilizzata la capacità di importazione dalle altre zone (o macrozone) interconnesse. In applicazione di tale definizione, quindi, le Parti hanno fornito evidenza per cui la somma dell’ulteriore capacità dei concorrenti disponibile per la macro-zona sud e dell’ulteriore transito disponibile fino al nominale per tale macro-zona con le macro-zone adiacenti e con l’estero è risultata sempre superiore al venduto degli impianti programmabili di Enel ed Erg su MGP.

¹⁶ Tale situazione, caratterizzata da una rilevante presenza pregressa di Enel a fronte di un incremento molto limitato associabile all’operazione, è stata altresì segnalata anche da uno degli operatori rispondenti al c.d. *market test*. Si rileva, inoltre, come anche nel caso dei servizi di dispacciamento le quote di mercato di Enel nel triennio 2018-2020 sono state caratterizzate da un *trend* decrescente.

¹⁷ Come già anticipato, tale conclusione è suffragata anche dalla risposta di Terna, interrogata sul punto.

iii. I mercati delle future procedure pubbliche per l'assegnazione delle concessioni di grande derivazione d'acqua a scopo idroelettrico

28. La valutazione dell'impatto dell'operazione sui mercati futuri delle gare per la aggiudicazione delle concessioni per lo sfruttamento delle GDI comporta una analisi della partecipazione attesa alle gare stesse, da compiersi attraverso l'individuazione degli incentivi, delle barriere e delle aspettative riferibili ai potenziali partecipanti. Se, ad esito dell'analisi, la struttura attesa della partecipazione ad una o più delle procedure di riassegnazione dovesse limitarsi a pochissimi soggetti – incluse le Parti dell'operazione – quest'ultima sarebbe suscettibile di avere un effetto significativo sulla concorrenza nel mercato della futura procedura (o delle future procedure, se più d'una di quelle coinvolte si trovasse in tali condizioni)¹⁸.

29. Al fine di acquisire elementi utili per comprendere meglio le variabili che maggiormente influiscono sulla scelta di partecipare o meno alle procedure pubbliche di riassegnazione delle concessioni di GDI e, di conseguenza, l'eventuale interesse a partecipare a quelle relative alle concessioni oggetto di acquisizione, è stata inviata una richiesta di informazioni a quattordici operatori tra i quali tutti i principali titolari di concessioni di grande derivazione idroelettrica e alcuni potenziali nuovi entranti: le risposte sono pervenute da undici degli operatori coinvolti.

30. A seguito dell'indagine di mercato sono stati indicati come elementi che influiscono significativamente sulla definizione delle strategie di partecipazione alle procedure pubbliche di assegnazione delle concessioni in questione, la storica incertezza del quadro normativo nazionale, segnato dal susseguirsi di proroghe delle scadenze, e l'incompletezza del quadro normativo regionale, posto che le tre Regioni interessate (Lazio, Umbria e Marche), al pari della maggioranza delle Regioni, non hanno adottato, nei termini previsti, la legge di cui all'art. 12, comma 1-ter, D.lgs. n. 79/1999 e i relativi regolamenti attuativi. È ritenuto, altresì, elevato il rischio che non sia adottato, nel termine previsto del 22 luglio 2022, neppure il Decreto ministeriale che, deve disciplinare il potere sostitutivo del Governo in caso di inerzia delle Regioni nell'avvio delle procedure di assegnazione delle concessioni (art. 12, comma 1-quater, D.lgs. n. 79/1999).

31. Del pari importante ai fini della decisione di partecipazione alle future gare GDI è ritenuta dagli operatori intervistati la scelta, da parte della Regione-stazione appaltante, della procedura di assegnazione tra quelle possibili (*i.e.* gara, gara a doppio oggetto; forme di partenariato pubblico-privato), della fissazione della durata dell'affidamento, dell'eventuale accorpamento o separazione delle derivazioni d'acqua oggetto di concessione nonché delle modalità per assicurare il controllo sulla documentazione di gara affinché siano garantite la neutralità della Stazione appaltante, la parità di partecipazione e la trasparenza¹⁹.

¹⁸ Si tratta del modello standard adottato dall'Autorità per la valutazione dell'incidenza di una operazione sulla concorrenza attesa nelle gare future, utilizzato sia per le gare idroelettriche (si vedano i già citati casi C11990-SEL-Società Elettrica Altoatesina/Azienda Energetica e C12027- Alperia-Hydros-Sel Edison) sia, soprattutto, nella ormai acquisita e nutrita giurisprudenza dell'Autorità relativa alle future gare d'ATEM per l'aggiudicazione del servizio di distribuzione del gas naturale (cfr. da ultimo caso C12360 21 RETE GAS/INFRASTRUTTURE DISTRIBUZIONE GAS, provvedimento n. 28622 del 30 marzo 2021, Bollettino n. 16/2021, autorizzazione con condizioni).

¹⁹ Tali preoccupazioni, sebbene idonee a caratterizzare il contesto delle decisioni di partecipazione alle procedure di riassegnazione delle concessioni di GDI in esame, non sono, in ogni caso, effetti direttamente e specificatamente riconducibili al perfezionarsi dell'Operazione, rimandando piuttosto alla necessità di opportuni interventi del Legislatore nazionale e regionale e del Governo affinché, finalmente, si realizzi in modo compiuto l'apertura alla concorrenza per il mercato delle concessioni di grande derivazione idroelettrica.

32. A fronte di tali elementi di contesto, in grado, quantomeno in teoria, di ridurre significativamente il numero di partecipanti attesi alle gare, si osserva che le Parti potrebbero rappresentare, in assenza della concentrazione, due potenziali partecipanti alle gare: la società acquisita in quanto gestore uscente di ogni singola concessione ed Enel in grado, per dimensione e competenze, di partecipare a tutte le gare GDI.

33. A questo proposito deve, del resto, considerarsi che, a prescindere dall'Operazione, il Gruppo Enel, che detiene una posizione di rilievo su tutto il territorio nazionale²⁰, è già presente nelle regioni competenti per la riassegnazione delle concessioni oggetto di acquisizione. Il Gruppo Enel, tramite EP ed Enel Green Power S.r.l., infatti, è complessivamente titolare nel Lazio e nelle Marche di ventidue concessioni di grande derivazione d'acqua a scopo idroelettrico (tredici nel Lazio e nove nelle Marche), alcune comprensive di due o più grandi derivazioni, e tutte con scadenza fissata, *ex lege*, al 31 marzo 2029²¹.

34. Tuttavia, rispetto agli undici operatori rispondenti, solo tre hanno affermato che l'Operazione possa ridurre i rispettivi incentivi a concorrere alle procedure di riassegnazione delle concessioni in oggetto. In particolare, due operatori ritengono che l'Operazione aumenti, in uno stesso ambito territoriale, il divario tra Enel e gli altri *competitor* (soprattutto se operatori non di settore). Il terzo operatore, invece, non esclude di poter riconsiderare positivamente la propria decisione di partecipazione alle procedure di riassegnazione delle concessioni di GDI in questione, in caso di inserimento nelle leggi regionali, regolamenti attuativi e bandi di gara di oggettive garanzie di terzietà e non discriminazione.

35. In generale, la maggioranza delle risposte alle richieste di informazioni evidenzia il convincimento degli Operatori del settore che la partecipazione alle gare non sarà ridotta, anche in presenza dell'Operazione. A questo va altresì aggiunto che, come indicato dalla Società notificante, anche altre imprese sono attualmente attive nello sfruttamento di concessioni di GDI nelle regioni interessate (nel Lazio è già presente in particolare il Gruppo Acea, con quattro concessioni di grande derivazione idroelettrica e nelle Marche ASMM con una concessione) le quali potrebbero essere interessate a fare la loro offerta nelle procedure per la riassegnazione delle concessioni di EH nell'ambito territoriale in cui operano.

36. Molti degli Operatori intervistati, compresi quelli non attualmente attivi nella generazione idroelettrica, hanno, inoltre, dichiarato di avere un concreto o, comunque, possibile interesse alla partecipazione alle procedure di riassegnazione delle concessioni oggetto di acquisizione sebbene gli Operatori non di settore lamentino - come detto - la barriera del necessario soddisfacimento dei requisiti tecnici di partecipazione. In proposito si osserva, tuttavia, che tale inevitabile barriera può essere superata partecipando alle procedure di riassegnazione in associazione con operatori di settore esattamente come verificatosi proprio in occasione della procedura di vendita di EH (ad esempio nel corso di tale procedura un operatore del tutto estraneo al settore della generazione elettrica ha

²⁰ Oltre alle concessioni detenute nelle regioni in cui si concentra l'attività di EH, il Gruppo Enel è titolare di ulteriori centosettantasette concessioni di grande derivazione idroelettrica - alcune delle quali comprensive di più salti di grande derivazione d'acqua - in tredici diverse regioni delle quali quasi il 70% rilasciate in Piemonte, Lombardia e Veneto e anche queste concessioni scadono tutte, *ex lege*, il 31 marzo 2029

²¹ Vd. art. 12, comma 6, D.lgs. n. 79/1999 e ss.mm.ii., recante "Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica" (c.d. decreto Bersani).

presentato un'offerta vincolante insieme a un qualificato operatore attivo nella generazione idroelettrica da grande derivazione d'acqua).

37. L'interesse alla partecipazione appare, quindi, permanere soprattutto in considerazione del riconosciuto valore delle derivazioni d'acqua oggetto delle concessioni in esame. L'opinione maggioritaria delle Società che hanno risposto all'indagine di mercato ritiene, infatti, che lo specifico pregio delle concessioni in oggetto assuma, anche per Operatori radicati in altre aree del Paese, significativa valenza al fine di attuare una strategia di diversificazione territoriale funzionale a una migliore gestione del rischio rispetto alle variabili di disponibilità idrica e di mercato senza determinare specifiche complicazioni gestionali posto che molti servizi possono essere gestiti da remoto.

38. Più in generale, è diffusa tra gli Operatori la convinzione di una significativa partecipazione alle future procedure di assegnazione delle concessioni in esame sia da parte di primari operatori esteri, in forma individuale o in aggregazione con altri soggetti, sia di operatori non del settore che, quindi, concorrerebbero a esercitare un'importante pressione concorrenziale. Si noti al riguardo che tra i soggetti che hanno presentato un'offerta vincolante per l'acquisto di EH risultano essere compresi anche primari operatori energetici stranieri e importanti investitori internazionali i quali hanno partecipato alla fase conclusiva della procedura di cessione in associazione sia con operatori idroelettrici nazionali che esteri.

39. In conclusione, quindi, sebbene l'Operazione elimini un importante possibile concorrente alle future procedure di assegnazione delle concessioni oggetto di acquisizione, le indicazioni fornite dall'indagine di mercato e le informazioni relative alla presentazione di offerte vincolanti per l'acquisizione di EH dimostrano un diffuso e concreto interesse da parte di qualificati operatori nazionali ed esteri di settore, anche in associazione con operatori del tutto estranei al mercato della generazione elettrica o con importanti investitori finanziari. Si può, dunque, concludere che l'operazione non comporterà la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante nel mercato delle future gare per la aggiudicazione delle concessioni di GDI oggetto di acquisizione.

iv. Il mercato della commercializzazione dei certificati d'origine

40. Come anticipato, il mercato della commercializzazione delle GO potrebbe avere anche una ampiezza geografica euro-unitaria²². Anche limitandosi alla presenza nel solo ambito nazionale, tuttavia, l'Operazione non appare idonea a determinare la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante, in ragione del fatto che l'impresa acquirente detiene a livello nazionale una quota di mercato del [15-20%] e che l'incremento *post merger* è inferiore al 2%.

RITENUTO, pertanto, che l'operazione in esame non comporta, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/1990, la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante nei mercati rilevanti, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza;

RITENUTO, inoltre, che il TSA e l'ulteriore patto di cui è possibile la stipula tra le Parti costituiscono una restrizione accessoria all'Operazione;

²² Vd. M8660 - *Fortun/Uniper* del 15 giugno 2018.

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 dello Sviluppo Economico.

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

IL SEGRETARIO GENERALE

Filippo Arena

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

IP347 - IMMOBILIARE.IT-MESSAGGI INGANNEVOLI E COMPARATIVI

Provvedimento n. 29871

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 4 novembre 2021;

SENTITO il Relatore, Presidente Roberto Rustichelli;

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

VISTO in particolare l'art. 27, comma 12, del *Codice del Consumo*, in base al quale in caso di inottemperanza ai provvedimenti d'urgenza o a quelli inibitori o di rimozione degli effetti, ed in caso di mancato rispetto degli impegni assunti, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro e nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689;

VISTO l'art. 19 del "*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*", adottato dall'Autorità con delibera del 1° aprile 2015, n. 25411;

VISTA la comunicazione del 22 ottobre 2015, con la quale è stata avviata un'istruttoria nei confronti di Immobiliare.it S.p.A., per accertare l'eventuale esistenza di violazioni degli artt. 20, 21, comma 1, e 22 del *Codice del Consumo*, nell'attività di inserzioni immobiliari sulla piattaforma *www.immobiliare.it*, attraverso *claim* di asserito primato raggiunto dal professionista nel mercato della raccolta e pubblicazione *on line* delle inserzioni immobiliari;

VISTO il proprio provvedimento del 17 marzo 2016, n. 25935, con il quale è stato deliberato di chiudere il procedimento PS10092 senza accertare l'infrazione, rendendo obbligatori gli impegni proposti da Immobiliare.it S.p.A., ai sensi e per gli effetti dell'articolo 27, comma 7, del *Codice del Consumo*;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

I. IL PROVVEDIMENTO DI ACCOGLIMENTO DEGLI IMPEGNI N. 25935 DEL 17 MARZO 2016

1. Con provvedimento del 17 marzo 2016, n. 25935, l'Autorità ha accolto gli impegni presentati da Immobiliare.it S.p.A. (di seguito *Immobiliare.it*, *Immobiliare* o *Società*). In particolare, le misure

presentate dalla Società in data 26 novembre 2015, con successiva integrazione del 16 gennaio 2016, riguardavano¹:

A) Impegni strutturali

Immobiliare.it ha introdotto le seguenti linee guida:

Aggiornamento dei dati e delle loro fonti con una indicazione di maggior dettaglio in modo da assicurarne la massima trasparenza e lettura

Esplicitazione delle ragioni che supportano il claim commerciale, presente anche nel logo, “Il N. 1 degli annunci immobiliari”

Rimozione di confronto o comparazioni con i concorrenti

B) Impegni comportamentali

Immobiliare.it si asterrà da inserire grafici comparativi, limitandosi solo a fornire i collegamenti alle proprie fonti in modo da dare trasparenza alle metriche usate.

Le suindicate misure si articolano, inoltre, nelle seguenti ulteriori attività:

- monitorare ed aggiornare costantemente i dati (riportando solo dati non precedenti a tre mesi) in modo da assicurare un'informazione corretta ed attuale per il lettore;

- rimozione immediata del claim di primato nel caso in cui un indicatore oppure una fonte tra quelli indicati non riportasse più la società immobiliare.it in posizione di supremazia rispetto ai propri concorrenti.

2. In sintesi, la Società si era sostanzialmente impegnata a mantenere il *claim* di primato con l'indicazione di “N. 1”, purché fosse accompagnato dalla indicazione delle fonti di riferimento, tenute costantemente aggiornate ai tre mesi precedenti la pubblicazione dei dati, utili a sostenere la propria posizione di primato sul mercato delle inserzioni immobiliari *on line*, e a rimuoverlo qualora uno degli indicatori utilizzati non avesse più confermato la sua supremazia.

3. Il provvedimento è stato comunicato alle parti in data 12 aprile 2016.

II. LA SEGNALAZIONE D'INOTTEMPERANZA ALLA DELIBERA N. 25935 DEL 17 MARZO 2016

4. Con richiesta di intervento pervenuta in data 4 agosto 2021², la società Idealista S.p.A. (di seguito Idealista o Segnalante)³ ha portato all'attenzione dell'Autorità il mancato rispetto delle misure alle quali Immobiliare.it si era impegnata nell'ambito del procedimento PS10092, concluso con il provvedimento di accoglimento di impegni del 17 marzo 2016, n. 25935.

5. Il segnalante ha evidenziato che Immobiliare.it non avrebbe dato attuazione alle misure accolte dall'Autorità con il citato provvedimento atteso il mancato aggiornamento per la durata di tre anni (dal mese di gennaio 2018) dei dati, fino al mese di aprile 2021, sui quali dovrebbe fondarsi la posizione di primato esaltata da Immobiliare.it; i dati oggi presenti di aprile 2021 sarebbero, inoltre, contraddetti dalle informazioni contenute nella sezione dedicata alla ‘Nota metodologica’ che riporta, invece, ancora i dati risalenti al mese di gennaio 2018.

¹ Cfr. punti nn. 34 e 35 del provvedimento del 17 marzo 2016, n. 25935.

² Doc. 1: segnalazione e relativi allegati.

³ Società del Gruppo Idealista Global S.A.

6. Nella segnalazione si sottolinea che l'inadempienza di Immobiliare.it agli impegni a suo tempo accolti dall'Autorità col citato provvedimento, riguarderebbe anche l'asserito primato vantato attraverso i dati sul numero dei *download* della *app* di Immobiliare.It.

7. Con riferimento ai dati sui *download* delle *app*, il Segnalante ha sottolineato che tale indicatore rappresenta un elemento importante per valutare quale dei diversi concorrenti nel mercato della pubblicazione di annunci immobiliari *on line* debba essere considerato *leader*. Al riguardo, i dati disponibili su *AppBrain* avrebbero dimostrato che, alla data del 3 giugno 2021, l'*app* di Immobiliare.it sarebbe stata scaricata un numero di volte significativamente inferiore rispetto a quello raggiunto dall'*app* di Idealista⁴. Inoltre, i dati sul numero di *download* dell'*app* di Idealista tra dicembre 2020 e giugno 2021, mostrano un significativo incremento per quanto riguarda il mercato italiano a partire dal mese di aprile 2021, rispetto ad altri paesi europei in cui dati di *download* sono rimasti costanti⁵.

III. IL SITO INTERNET DI IMMOBILIARE.IT ATTUALMENTE IN DIFFUSIONE

8. L'attuale versione del sito di Immobiliare.it, di cui in data 6 settembre 2021 sono state estratte d'ufficio alcune pagine, riporta:

– alla pagina <https://www.immobiliare.it/info/leader/>, affermazioni di *leadership* quali '*Immobiliare.it è il numero 1 in Italia negli annunci immobiliari*' o riferimenti ad un'azienda che investe '*nello sviluppo della migliore tecnologia di ricerca immobiliare, utilizzata ogni mese da milioni di Italiani*' seguite dai dati numerici sulle pagine visitate in un mese, sul numero di annunci pubblicati, nonché sul numero di volte in cui l'*app* è stata scaricata attraverso i diversi dispositivi mobili. È fatto rinvio alle fonti di riferimento, la data di aggiornamento e le recensioni ottenute (per il sito *web*, l'indicazione '*Oltre 57 milioni di visite e 320 milioni di pagine viste al mese (fonte Google Analytics – Apr. 2021)*' e, per l'Applicazione, l'indicazione '*Oltre 8,3 milioni di download e 220.000 recensioni con una valutazione media di 4,6 stelle su 5 (Fonte Apple, Google, App Gallery – Apr. 2021)*');

– nella medesima pagina *web* è contenuta la sezione di spiegazioni sulla "*Metodologia e rilevazione dei dati*", il cui bottone '*leggi tutto*' permette l'apertura di una schermata nella quale vengono riportate informazioni sul traffico sul sito estratte dalla piattaforma *SimilarWeb*, con le indicazioni dei parametri di riferimento, quali: i) il numero totale di visite; ii) il numero totale di pagine consultate ("*pagine viste*"); iii) il tempo di utilizzo del sito da parte degli utenti, con dati relativi al mese di gennaio 2018: "*Nel mese di Gennaio 2018 Immobiliare.it risulta il sito web immobiliare più utilizzato in Italia per numero totale di visite, per pagine viste e per tempo totale di utilizzo da parte degli utenti (Fonte: SimilarWeb.com)*". La medesima sezione riporta altresì i dati su cui Immobiliare fonda la propria posizione di primato anche per quanto riguarda il numero totale di installazioni dell'*App*, rilevato nel mese di gennaio 2018: "*Nel mese di Gennaio 2018 Immobiliare.it risulta l'applicazione immobiliare N.1 in Italia per numero totale di installazioni,*

⁴ Segnalazione del 4 agosto 2021, pagg. 15 e 16. Dalle figure ivi riportate, risulta che, al giorno 3 giugno 2021, Immobiliare.it sarebbe stata scaricata più di 1 milione di volte (fig. 4). Invece, Idealista in pari data sarebbe stata scaricata oltre 5 milioni di volte (fig. 5).

⁵ Allegato 1: confronto tra i vari paesi europei, quali Italia, Francia, Germania, Olanda, Portogallo, Spagna e Regno Unito.

numero di recensioni e qualità di recensioni (Fonti: Google Play, App Store, Windows Market, AppBrain, AppAnnie)”;

– il link ipertestuale ‘*scopri di più*’, collocato sotto l’affermazione ‘*Immobiliare.it è il numero 1 in Italia negli annunci immobiliari*’, consente l’atterraggio ad altra pagina web (indirizzo web: <https://www.immobiliare.it/info/chi-siamo/>), in cui oltre al *claim* “*Immobiliare.it è il portale immobiliare N.1 in Italia*” sono indicati, senza riportare la fonte di rilevazione, i dati in termini di visite (aggiornato al mese di Aprile 2021), di numero di annunci pubblicati e di Agenzie immobiliari che utilizzano il servizio: “**+77 milioni** Visite al mese sul sito e applicazioni (dati Apr. ’21), **+1,2 milioni** Annunci pubblicati sul sito, ricercabili in ogni momento, **+20.000** Agenzie immobiliari che utilizzano il servizio”.

IV. CONSIDERAZIONI VALUTATIVE

9. Con riferimento alla presunta inottemperanza alla delibera del 17 marzo 2016, n. 25935, si evidenzia che l’oggetto degli impegni presentati da Immobiliare.it ha implicato, in sostanza, (i) la verificabilità delle affermazioni di *leadership* e di primato raggiunto “*fondati su tre parametri di riferimento, quali, il numero di visite, le pagine viste e il tempo impiegato*”⁶, nonché (ii) l’aggiornamento costante dei dati su cui esse erano fondate, “*riportando solo dati non precedenti a tre mesi*”⁷.

1) Il mancato aggiornamento dei dati

La **versione attuale del sito** riporta nella pagina *web* alcune spiegazioni sul primato i dati, aggiornati al mese di aprile 2021, sui parametri di riferimento, quali: il numero totale di visite; il numero totale di pagine consultate (“*pagine viste*”); il tempo di utilizzo del sito da parte degli utenti⁸.

Inoltre, si osserva come sino all’estate 2021 i dati riportati siano rimasti aggiornati solo al mese di gennaio 2018 e, ancora oggi, va sottolineata la contraddizione sussistente tra i dati aggiornati al mese di aprile 2021 e quelli riportati nella sezione “*metodologia e rilevazione dei dati*”, in cui si fa riferimento ancora ai rilievi di gennaio 2018. Anche i dati di aprile 2021 non risultano in linea con l’impegno che prevedeva un monitoraggio e aggiornamento costante “*riportando solo dati non precedenti ai tre mesi*”⁹.

10. Sotto il profilo del mancato aggiornamento dei dati, è possibile dunque sostenere l’inottemperanza riguardo all’impegno di “*aggiornamento dei dati e delle loro fonti [...]*”, nonché di “*monitorare ed aggiornare costantemente i dati (riportando solo dati non precedenti a tre mesi) in modo da assicurare un’informazione corretta ed attuale per il lettore*”.

2) Il numero di download dell’app e gli altri parametri utilizzati

Tra i criteri che Immobiliare porta a conferma delle sue **affermazioni di primato**, vi è il numero di volte in cui l’app è stata scaricata attraverso i diversi dispositivi mobili. Idealista ha fornito evidenze

⁶ Punto 45 del Provvedimento n. 25935 del 17 marzo 2016.

⁷ Punto n. 34 del Provvedimento n. 25835 del 17 marzo 2016.

⁸ In linea con il punto n. 46 del provvedimento del 17 marzo 2016, n. 25935.

⁹ Provvedimento del 16 marzo 2016, n. 25935, punto 34, lett. C).

per cui la propria *app* sarebbe invece quella più scaricata¹⁰. Si ricorda che tra gli impegni di Immobiliare vi era quello della rimozione dei *claim* di primato qualora gli indicatori utilizzati avessero cessato di confermare la *leadership* del professionista¹¹. Con riferimento al numero di *download* dell'*app*, dunque, sebbene il criterio attualmente utilizzato da Immobiliare.it nel proprio sito non rientri tra i parametri considerati al tempo della sopra citata delibera del mese di marzo 2016, si ritiene che la persistenza di affermazioni di primato in presenza di indicatori non più in grado di confermarla, quale quello qui considerato, **costituisca un'inottemperanza** alla medesima delibera.

Inoltre, è possibile sostenere la mancata ottemperanza alla suindicata delibera in ordine al numero di annunci pubblicati e al numero di agenzie che utilizzano il servizio, dati che dovrebbero dimostrare la veridicità del *claim* "*Immobiliare.it è il portale immobiliare N.1 in Italia*", per i quali però non è indicata alcuna fonte di riferimento. Pertanto, risulta indimostrato l'asserito primato raggiunto attraverso il ricorso a dati terzi, contrariamente a quanto la società si era impegnata a fare.

11. Pertanto, dalle evidenze documentali, risulta che Immobiliare.it S.p.A., non ha ottemperato agli impegni di cui al provvedimento del 17 marzo 2016, n. 25935.

12. Ricorrono, in conclusione, i presupposti per l'avvio del procedimento previsto dall'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, volto all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 5.000.000 euro.

RITENUTO, pertanto, che le circostanze sopra descritte siano idonee ad integrare una fattispecie di inottemperanza alla delibera dell'Autorità del 17 marzo 2016, n. 25935, ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo;

DELIBERA

a) di contestare a Immobiliare.it S.p.A. la violazione di cui all'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, per non aver rispettato gli impegni assunti nel procedimento PS10092 e resi obbligatori con la delibera dell'Autorità del 17 marzo 2016, n. 25935;

b) l'avvio del procedimento per eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo;

c) che il responsabile del procedimento è la dott.ssa Francesca Sebastio;

d) che può essere presa visione degli atti del procedimento presso la Direzione B, della Direzione Generale per la Tutela del Consumatore, dell'Autorità, dai legali rappresentanti dei professionisti, ovvero da persone da essi delegate;

e) che, entro il termine di trenta giorni dalla comunicazione del presente provvedimento, gli interessati possono far pervenire all'Autorità scritti difensivi e documenti, nonché chiedere di essere sentiti;

¹⁰ Segnalazione del 4 agosto 2021, pagg. 15 e 16, citata.

¹¹ Punto n. 47, del provvedimento del 17 marzo 2016, n. 25935.

f) che il procedimento deve concludersi entro centoventi giorni dalla data di comunicazione del presente provvedimento.

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

IL SEGRETARIO GENERALE

Filippo Arena

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

***Autorità garante
della concorrenza e del mercato***

Bollettino Settimanale
Anno XXXI- N. 45 - 2021

Coordinamento redazionale

Giulia Antenucci

Redazione

Valerio Ruocco, Simonetta Schettini, Manuela Villani
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
Ufficio Statistica e Applicazioni Informatiche
Piazza Giuseppe Verdi, 6/a - 00198 Roma
Tel.: 06-858211 Fax: 06-85821256

Web: <https://www.agcm.it>

Realizzazione grafica

Area Strategic Design
