



AUTORITÀ GARANTE  
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

# Bollettino

Settimanale

Anno XX - n. 40

Publicato sul sito *www.agcm.it*  
il 2 novembre 2010



## SOMMARIO

INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE	5
<b>A422 – SKY ITALIA/AUDITEL</b>	
<i>Provvedimento n. 21611</i>	5
<b>A431 - RATIOPHARM/PFIZER</b>	
<i>Provvedimento n. 21672</i>	5
<b>A432 - COMUNI VARI-ESPLETAMENTO GARE AFFIDAMENTO SERVIZIO DISTRIBUZIONE GAS</b>	
<i>Provvedimento n. 21675</i>	5
<b>I726 - ASL REGIONE PIEMONTE-GARA FORNITURA VACCINO ANTINFLUENZALE</b>	
<i>Provvedimento n. 21677</i>	5
<b>I733 - SERVIZI DI AGENZIA MARITTIMA</b>	
<i>Provvedimento n. 21678</i>	5
OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE	5
<b>C10653 - EUROSPIN LAZIO/15 RAMI DI AZIENDA</b>	
<i>Provvedimento n. 21724</i>	5
<b>C10764 - INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES/NETEZZA</b>	
<i>Provvedimento n. 21725</i>	5
SEPARAZIONI SOCIETARIE	5
<b>SP83B - FERROVIA ADRIATICO SANGRITANA</b>	
<i>Provvedimento n. 21723</i>	5
ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA	5
<b>AS769 - COMUNITA' MONTANA VALLI DEL VERBANO - SERVIZIO DI IGIENE AMBIENTALE</b>	5
PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE	5
<b>DS222 - (CPC2) MISURE ESECUTIVE GENI INTERNATIONAL</b>	
<i>Provvedimento n. 21682</i>	5
<b>PS2862B - PUBBLICITÀ OCCULTA-RIDETERMINAZIONE DELLA SANZIONE</b>	
<i>Provvedimento n. 21690</i>	5
<b>PS4355 - H3G-CONCORSO HAPPY CASH</b>	
<i>Provvedimento n. 21697</i>	5
<b>PS5890 - PRISMA-PUBBLICITÀ FINANZIAMENTI</b>	
<i>Provvedimento n. 21710</i>	5
<b>PS5892 - GR IMMOBILIARE-PUBBLICITÀ FINANZIAMENTI</b>	
<i>Provvedimento n. 21711</i>	5
<b>PS5893 - MILLEMUTUI-PUBBLICITÀ FINANZIAMENTI</b>	
<i>Provvedimento n. 21712</i>	5
<b>PS5930 - H3G-SHOCK BILLING IN ROAMING</b>	
<i>Provvedimento n. 21713</i>	5
<b>PS6086 - DVD PRICE.IT-INFORMAZIONI SU GARANZIA</b>	
<i>Provvedimento n. 21722</i>	5
<b>PS5866 – PUMA AUTOMOTIVE-CILINDRATA MOTOCICLO</b>	
<i>Avviso della comunicazione dell'avvio del procedimento</i>	5
<b>PS5866 – PUMA AUTOMOTIVE-CILINDRATA MOTOCICLO</b>	
<i>Avviso della comunicazione del termine di conclusione della fase istruttoria</i>	5



## INTESE E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

### **A422 – SKY ITALIA/AUDITEL**

*Provvedimento n. 21611*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 30 settembre 2010;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

SENTITO il Relatore Dottor Salvatore Rebecchini;

VISTA la propria delibera adottata in data 5 novembre 2009, con la quale è stata avviata un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti della società Auditel S.r.l. volta ad accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 82 del Trattato CE (ora articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea);

VISTI gli atti del procedimento;

RITENUTA necessaria la sostituzione del responsabile del procedimento per sopravvenute esigenze organizzative;

### DELIBERA

di sostituire la Dott.ssa Vincenza Vetri con la Dott.ssa Angela Siciliano come responsabile del procedimento.

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

IL SEGRETARIO GENERALE

*Luigi Fiorentino*

IL PRESIDENTE

*Antonio Catricalà*

---

**A431 - RATIOPHARM/PFIZER**

*Provvedimento n. 21672*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 ottobre 2010;

SENTITO il Relatore Dottor Antonio Pilati;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

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

VISTO l'articolo 4, comma 3, del Trattato sull'Unione Europea (TUE);

VISTO il Regolamento del Consiglio n. 1/2003 del 16 dicembre 2002;

VISTA la legge 6 febbraio 1996, n. 52, come modificata dalla legge 21 dicembre 1999, n. 526, e, in particolare, l'articolo 54;

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

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

VISTA la segnalazione della società Ratiopharm Italia S.r.l., pervenuta in data 24 maggio 2010, integrata con comunicazioni pervenute in data 16 e 25 giugno, 7, 19 e 26 luglio e 4 agosto 2010;

VISTA la segnalazione pervenuta da parte dell'European Generic Medicines Association, in data 2 agosto 2010;

VISTA la documentazione in proprio possesso;

CONSIDERATO quanto segue:

**I. PREMESSA**

1. In data 24 maggio 2010, è pervenuta un'articolata segnalazione, da parte della società Ratiopharm Italia S.r.l. (di seguito, Ratiopharm), successivamente integrata in più occasioni, relativa ad alcuni comportamenti di Pfizer Italia S.r.l. volti ad impedire o ritardare l'ingresso nel mercato italiano dei farmaci generici della specialità Xalatan, medicinale prodotto e commercializzato da Pfizer per la cura del glaucoma dell'occhio.

In particolare, Pfizer avrebbe artatamente richiesto ed ottenuto una proroga della copertura brevettuale, attraverso la richiesta di un brevetto divisionale a cui è seguita la richiesta di un certificato di protezione complementare (di seguito, CPC).

2. Successivamente, in data 2 agosto 2010, è pervenuta una segnalazione da parte dello *European Generic Medicines Association* (di seguito, EGA) volta ad evidenziare le difficoltà di ingresso dei genericisti sul mercato italiano, con particolare riferimento ai farmaci contenenti il principio attivo *latanoprost*, alla base del farmaco Xalatan.

**II. LE PARTI**

3. Pfizer Italia S.r.l. è la società italiana, con sede legale a Latina, dell'omonimo gruppo Pfizer, di diritto statunitense, che rappresenta la maggiore casa farmaceutica mondiale.

Pfizer Italia è controllata direttamente, al 96,93%, dalla Pfizer Holding Italy S.p.A., che, a sua volta, è controllata indirettamente dalla società capogruppo statunitense Pfizer Inc..

Il gruppo Pfizer è attivo in quasi tutti i mercati farmaceutici; per quanto di interesse in questa sede, il gruppo opera nella produzione e commercializzazione di farmaci per la prevenzione e la cura delle malattie oftalmiche, tra cui il glaucoma primario, patologia suscettibile di danneggiare la vista in maniera permanente.

In questo settore, alla fine degli anni 80, la società svedese Pharmacia AB, acquisita da Pfizer nel 2003, ha brevettato il principio attivo *latanoprost*, contenuto nel medicinale Xalatan, che appartiene alla classe dei derivati delle prostaglandine, specialità che agiscono attraverso la riduzione della pressione oculare.

Il fatturato realizzato nel 2009 dal gruppo Pfizer a livello mondiale è stato pari a circa 50 miliardi di dollari (dato precedente all'operazione di concentrazione con la società farmaceutica Wyeth, avvenuta nel 2009), di cui 1,7 miliardi di dollari imputabili alle vendite del medicinale Xalatan.

In Italia, il fatturato totale realizzato da Pfizer è stato pari, nel 2009, a circa 1,3 miliardi di euro, di cui circa 30 milioni di euro imputabili alla vendita di Xalatan.

**4.** Pfizer Health A.B. è la controllata svedese - con sede a Stoccolma - del gruppo Pfizer ed è la società che risulta essere titolare del brevetto del *latanoprost*, nonché dei relativi CPC in Europa e, in particolare, in Italia.

Pfizer Health A.B. è la denominazione assunta dalla società Pharmacia A.B. a seguito dell'acquisizione da parte di Pfizer Inc. avvenuta nel 2003.

Nel presente provvedimento con il termine "Pfizer" sono, indistintamente, individuate entrambe le società Pfizer Italia S.r.l. e Pfizer Health A.B..

**5.** Ratiopharm Italia S.r.l., con sede legale a Milano, è la società italiana del gruppo Ratiopharm, operatore tedesco attivo a livello mondiale nella produzione e commercializzazione di farmaci generici.

Ratiopharm opera in varie aree terapeutiche, quali quelle cardiovascolare, oftalmica, respiratoria e delle malattie metaboliche, nervose, infettive e gastrointestinali.

Per la cura del glaucoma Ratiopharm ha sviluppato un prodotto generico a base di *latanoprost*, già sottoposto all'iter valutativo presso l'autorità competente per l'immissione in commercio nel mercato italiano (AIFA).

Il fatturato realizzato nel 2009 da Ratiopharm a livello mondiale è stato pari a 1,6 miliardi di euro, di cui circa 80 milioni realizzati in Italia.

### **III. IL QUADRO REGOLAMENTARE**

#### ***a) La protezione brevettuale in Europa e in Italia (cenni)***

**6.** Come noto, la disciplina europea in materia di proprietà intellettuale e brevetti è rappresentata dalla "Convenzione sul brevetto europeo" (di seguito, Convenzione), riveduta a Monaco il 29 novembre 2000, che ha istituito il "brevetto europeo" e l'Ufficio Europeo Brevetti (c.d. *European Patent Office*, di seguito anche EPO).

L'EPO è incaricato della valutazione delle richieste di brevetti a livello centrale (come pure dei procedimenti di opposizione e di ricorso riguardanti brevetti già rilasciati).

La domanda di brevetto è costituita da una parte descrittiva dell'invenzione, seguita da una serie di rivendicazioni, che definiscono gli ambiti specifici dell'invenzione di cui si richiede la tutela.

**7.** Ai sensi dell'art. 52 della Convenzione sono brevettabili tutte le invenzioni: *i)* suscettibili di applicazione industriale; *ii)* nuove; *iii)* associate ad uno sforzo inventivo. Ogni domanda di brevetto può contenere una sola invenzione; ciò per ragioni fiscali e di chiarezza della copertura brevettuale.

**8.** Il brevetto europeo concesso dall'EPO, di durata ventennale, si configura come un insieme di diritti di brevetto di carattere nazionale: in particolare, per farne riconoscere l'efficacia nei singoli Stati, è necessario attivare un procedimento di validazione consistente sostanzialmente nel deposito di una traduzione del brevetto presso le competenti autorità nazionali e nel pagamento delle tasse di convalida<sup>1</sup>.

**9.** In data 1° maggio 2008 è entrato in vigore il c.d. "*London Agreement*", grazie al quale i 14 Paesi aderenti rinunciano totalmente o parzialmente al deposito della traduzione nella propria lingua della descrizione e delle rivendicazioni del brevetto come rilasciato al momento della convalida del brevetto europeo.

Conseguentemente, per convalidare un brevetto europeo in alcuni di tali Paesi (Gran Bretagna, Svizzera, Liechtenstein, Lussemburgo, Monaco, Francia e Germania) non è più necessario depositare alcuna traduzione, estendendosi automaticamente la tutela brevettuale. Altri Paesi (Croazia, Svezia, Danimarca, Islanda e Olanda) pur non richiedendo la traduzione della descrizione se essa è già in inglese, continuano a richiederla per le rivendicazioni.

Italia e Spagna figurano, invece, tra i Paesi che, ad oggi, non hanno ratificato il "*London Agreement*": in tali Paesi, quindi, la validazione del brevetto europeo necessita ancora del deposito nella propria lingua della descrizione e delle rivendicazioni del brevetto, nonché del pagamento delle relative tasse.

#### ***b) Il brevetto divisionale***

**10.** Ai sensi dell'art. 76 della Convenzione di Monaco, è possibile presentare domanda per ottenere un brevetto divisionale: quest'ultimo rappresenta una protezione brevettuale che nasce da una precedente invenzione principale, della quale dovrebbe costituire una specificazione; pertanto, la data di presentazione, nonché la validità temporale del brevetto divisionale sono mutate dal brevetto principale.

In particolare, la domanda divisionale di brevetto europeo può essere depositata soltanto per elementi già ricompresi nella descrizione dell'invenzione contenuta nel testo depositato in principio, ma che si riferiscono a invenzioni separabili o distinte.

**11.** Nella domanda di brevetto divisionale, la parte descrittiva dell'invenzione è identica a quella contenuta nella domanda di brevetto principale, mentre le rivendicazioni - che definiscono l'ambito di tutela dell'innovazione - risultano differenti.

---

<sup>1</sup> È inoltre opportuno ricordare che se entro 12 mesi dalla data in cui viene depositato un brevetto nazionale se ne estende la validità a livello europeo, è possibile rivendicare la priorità del precedente deposito. In questo caso, il deposito del brevetto europeo si considera effettuato a far data dal deposito della domanda di brevetto nazionale (priorità).

**c) La normativa sui CPC**

**12.** La normativa brevettuale delle specialità medicinali attribuisce all'inventore del farmaco, in aggiunta al brevetto, una privativa "complementare" volta a prolungare la durata dell'esercizio dei diritti di sfruttamento esclusivo dell'invenzione al fine di compensare gli anni trascorsi tra il rilascio del titolo brevettuale e l'immissione in commercio del farmaco, che richiede lo svolgimento di controlli da parte della Pubblica Amministrazione. In Italia, la prima disciplina della protezione complementare è stata introdotta con la legge n. 349/91. Ad essa ha fatto seguito, solo un anno dopo, il Regolamento CEE n. 1768/92 del 18 giugno 1992, entrato in vigore il 2 gennaio 1993, che ha sostituito la citata normativa nazionale<sup>2</sup>.

**13.** L'articolo 3 del Regolamento stabilisce che può essere rilasciato un solo CPC per ogni prodotto protetto da un brevetto di base in vigore, laddove quest'ultimo, definito all'art. 1 del medesimo regolamento, è un brevetto (il c.d. "*basic patent*") che protegge un principio attivo o la composizione di principi attivi di un medicinale.

A tale proposito, è opportuno evidenziare che, al punto 11 del preambolo di cui alla proposta del Regolamento citato, relativo alla creazione del certificato protettivo complementare per i medicinali, veniva precisato che "[...] *la proposta di regolamento è limitata ai nuovi medicinali. Non si tratta di rilasciare un [CPC] per ogni specialità medicinale brevettata che abbia ottenuto l'autorizzazione a essere immessa in commercio. Può essere, infatti, rilasciato un solo [CPC] per prodotto, intendendo quest'ultimo nel senso stretto di sostanza attiva; eventuali modifiche di minore importanza apportate al medicinale, come un nuovo dosaggio, l'utilizzo di un sale o di un estere diversi, una forma farmaceutica diversa, non rendono necessario un nuovo [CPC]*" (sottolineatura aggiunta). Tale interpretazione è stata di recente fatta propria anche dalla Corte di Giustizia in risposta ad una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte Federale di Giustizia della Germania (Bundesgerichtshof) nell'ambito di una causa promossa dal Massachusetts Institute of Technology contro la Corte di brevetto federale tedesca (Bundespatentgericht) per la mancata concessione da parte di quest'ultima proprio di un certificato di protezione complementare<sup>3</sup>.

**14.** In Italia, è l'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi (di seguito UIBM) ad avere la competenza sulla valutazione delle richieste di CPC. Queste ultime devono essere presentate entro e non oltre sei mesi dalla data del primo decreto di autorizzazione all'immissione in commercio o, qualora questo risalga ad una data antecedente alla concessione del brevetto, entro e non oltre sei mesi da tale concessione.

---

<sup>2</sup> La differenza principale tra la normativa comunitaria e quella italiana concerne la durata della protezione accordata: per la prima essa "non può essere superiore a cinque anni a decorrere dalla data in cui il certificato acquista efficacia", mentre, secondo la normativa nazionale, risulta "non (...) superiore a diciotto anni", potendo giungere ad una copertura totale (brevetto + CPC) fino a 38 anni dalla data del deposito della domanda del brevetto stesso. Al fine di ridurre la sensibile differenza tra la durata del certificato complementare di protezione ed il CPC previsto dal regolamento CE il Governo italiano ha emanato il decreto legge 15 aprile 2002 n. 63 che prevedeva la riduzione della durata dei CPC secondo uno schema di graduale riallineamento rispetto alla previsione comunitaria: riduzione di un anno nel 2002 e di due anni in ciascuno degli anni successivi fino al completo allineamento stabilito dal regolamento comunitario.

La legge 15 giugno 2002 n. 112 di conversione del DL 63/2002 è intervenuta nuovamente sulla durata dei CPC, prevedendo una riduzione pari a "sei mesi per ogni anno solare a decorrere dal 1° gennaio 2004 fino al completo allineamento della normativa comunitaria...".

<sup>3</sup> Cfr. par. 19, della Sentenza della Corte di Giustizia Europea (Seconda Sezione) del 4 maggio 2006 relativa al caso C-431/04 Massachusetts Institute of Technology, pubblicata in ECR I-4089.

Il CPC ha una validità, decorrente dal termine di scadenza del brevetto, pari al periodo compreso tra la data della domanda di brevetto e l'autorizzazione all'immissione in commercio del prodotto detratti cinque anni ma, in ogni caso, non può avere durata superiore a cinque anni.

**d) La normativa sull'ingresso dei generici**

**15.** In Europa, l'immissione in commercio di un farmaco presuppone lo svolgimento di una procedura di controllo da parte della pubblica autorità. In ambito comunitario, la prima disciplina della materia risale alla Direttiva 65/65/CEE<sup>4</sup>, nata con l'obiettivo di salvaguardare la sanità pubblica e, al contempo, di eliminare gli ostacoli per la creazione di un mercato unico del farmaco. Tale Direttiva è stata originariamente recepita, in Italia, dal Decreto Legislativo 178/91.

**16.** L'art. 3 della Direttiva 65/65 prevede che, in assenza di un'autorizzazione comunitaria, un prodotto medicinale può essere commercializzato in uno Stato membro solo dopo avere ottenuto un'autorizzazione per l'immissione in commercio (anche AIC) da parte dell'Autorità competente. Per conseguire l'autorizzazione sono necessari attenti controlli; l'impresa richiedente deve in particolare presentare la documentazione attestante, la "*composizione qualitativa e quantitativa di tutti i componenti della specialità...risultati delle prove chimico fisiche, biologiche o microbiologiche, farmacologiche e tossicologiche, cliniche [...]*" (art. 4 par. 3 e art. 8 comma 3 della legge n. 178/91).

**17.** In casi particolari è consentito l'accesso ad una procedura abbreviata. Tra questi casi rientra anche la richiesta di immissione in commercio per farmaci generici. Nell'ambito della procedura abbreviata, il genericista non deve fornire i risultati delle prove tossicologiche e farmacologiche, né delle prove cliniche, ma può basare la propria richiesta su dati che sono stati già presentati dal produttore del farmaco originario. Per potere seguire la procedura abbreviata, il genericista deve, tuttavia, dimostrare che il farmaco sia "*[...] essenzialmente analogo ad un prodotto autorizzato secondo le disposizioni comunitarie in vigore da almeno 6 anni nella Comunità e commercializzato nello Stato Membro interessato dalla domanda [...]*" (art. 4 della Direttiva).

**18.** In attuazione della previsione da ultimo richiamata, l'art. 3, comma 130, della Legge 28 dicembre 1995 n. 549 come modificato dall'art. 1, comma 3, del D.L. 20 giugno 1996, n. 323, convertito nella Legge 8 agosto 1996, n. 425, prevede che il Ministro della Sanità possa autorizzare l'immissione in commercio, quali farmaci generici, di tutti i medicinali prodotti industrialmente, a base di uno o più principi attivi, non protetti da brevetto o da certificato protettivo complementare che siano bioequivalenti rispetto a specialità medicinali già autorizzate, con la medesima composizione quali-quantitativa di principi attivi, la medesima forma farmaceutica (ad esempio, somministrazione orale) e le medesime indicazioni terapeutiche.

**19.** La materia è stata rivista dalla Direttiva 2004/27/CEE. In particolare, l'art. 28 obbliga gli Stati membri a riconoscere l'autorizzazione per l'immissione in commercio di un farmaco avvenuta nell'ambito dell'Unione Europea ad opera del cosiddetto Stato membro di riferimento (quello che ha provveduto per primo al rilascio dell'AIC).

---

<sup>4</sup>Tale Direttiva è stata modificata dalla Direttiva 93/39/CEE e, da ultimo dalla Direttiva 2004/27/CE.

#### IV. I FATTI DENUNCIATI

20. Nella segnalazione sono descritti i comportamenti di Pfizer volti ad impedire o a ritardare l'accesso dei genericisti in Italia nella produzione e commercializzazione degli analoghi delle prostaglandine, farmaci di prima scelta nella cura del glaucoma.

##### *a) Il brevetto principale e l'immissione in commercio dello Xalatan*

21. Il 6 settembre 1989 la società di diritto svedese Pharmacia AB, acquisita da Pfizer Health A.B. nel 2003, presentava presso l'Ufficio Europeo dei Brevetti (di seguito EPO) una domanda di protezione brevettuale in relazione ad una classe di "derivati di prostaglandine per il trattamento del glaucoma o ipertensione oculare" la quale comprendeva una serie di rivendicazioni, tra cui la n. 22, inerente il principio attivo *latanoprost*. La domanda di Pharmacia AB dava luogo, il 9 febbraio 1994, alla concessione del brevetto europeo EP 0364417B1 (di seguito, EP417 o, anche, brevetto principale), avente ad oggetto diversi composti, tra cui, appunto, il *latanoprost*<sup>5</sup>. A seguito di ciò, Pharmacia AB otteneva la protezione brevettuale richiesta per una durata di venti anni, a decorrere dalla data di deposito della domanda definitiva. Pertanto, la scadenza del brevetto EP417 era fissata, per tutti i Paesi indicati nella domanda, al 6 settembre 2009.

22. Nei mesi successivi al febbraio 1994, Pharmacia AB provvedeva - entro i termini previsti dalle diverse normative nazionali in materia - a depositare presso gli uffici nazionali le traduzioni del brevetto europeo, unitamente alla ricevuta di pagamento delle tasse di registrazione, così da ottenere in tali Paesi la validazione del titolo europeo. In Italia ciò avveniva il 21 aprile 1994; da tale data, pertanto, iniziava, con efficacia retroattiva al settembre 1989, ad essere attiva la protezione brevettuale conferita dall'EP417 anche nel nostro Paese.

23. A seguito della protezione brevettuale ottenuta, la prima immissione in commercio del farmaco Xalatan (basato sul principio attivo *latanoprost*) avveniva in Svezia nel luglio del 1996. Successivamente, Pharmacia AB immetteva in commercio il prodotto anche negli altri Stati europei, tra cui in Italia nel luglio 1997.

24. Nel corso del 1997, Pharmacia AB presentava in tutti i Paesi europei, con eccezione della Spagna e dell'Italia, le richieste di CPC necessarie per usufruire di un'estensione temporale della protezione brevettuale (volta a recuperare i tempi tecnico-amministrativi di rilascio dell'autorizzazione all'immissione in commercio del prodotto farmaceutico).

Pertanto, in tutti i Paesi in cui veniva richiesto tale CPC, la protezione brevettuale sullo Xalatan era estesa alla data del 17 luglio 2011, mentre per quanto riguarda in particolare l'Italia rimaneva in vigore solo fino al 6 settembre 2009.

##### *b) Il brevetto divisionale e la richiesta di CPC in Italia*

25. Nell'aprile 2002, Pharmacia AB, in quel periodo coinvolta nel processo di acquisizione da parte di Pfizer, depositava all'EPO una domanda di brevetto divisionale inerente al brevetto principale EP417. In particolare, tra le rivendicazioni contenute nella domanda di brevetto divisionale, la n. 2 riguardava espressamente il principio attivo *latanoprost*.

A tale richiesta seguiva un lungo procedimento istruttorio, nel corso del quale l'EPO chiedeva a Pfizer, divenuta proprietaria del capitale sociale di Pharmacia AB nel 2003, la modifica di alcune

<sup>5</sup> A seguito della concessione del brevetto EP417 alcune società presentavano opposizione; pertanto, solo nel 2004 Pharmacia AB (nel frattempo acquisita da Pfizer) otteneva la concessione definitiva del brevetto EP417.

rivendicazioni contenute nella domanda divisionale, in quanto sospettate di non apportare alcuna innovazione rispetto a quanto già protetto dal brevetto principale (EP417).

In ottemperanza a tale richiesta Pfizer ritirava alcune rivendicazioni, tra cui, per quel che rileva in questa sede, proprio la rivendicazione n. 2, quella relativa al *latanoprost*.

Tuttavia, nel testo della domanda, rimaneva la rivendicazione n. 1, relativa ad una classe di molecole (da C1 a C10) che comprendeva, nell'ambito del composto C3, anche il *latanoprost*.

**26.** Si giungeva pertanto, in data 14 gennaio 2009, a distanza di sette anni dalla presentazione della domanda, al rilascio del brevetto divisionale EP1225168 (di seguito EP168, o brevetto divisionale) che, come già ricordato, mutua la scadenza della protezione da quella del relativo brevetto principale, senza tener conto della proroga eventualmente accordata dal CPC. La data di scadenza della protezione riconosciuta dall'EP168 era pertanto il 6 settembre 2009.

**27.** Successivamente a tale rilascio, il 23 gennaio 2009, Pfizer depositava la traduzione del brevetto EP168 in Italia, al fine di ottenerne la "validazione" sul territorio italiano, atto prodromico alla richiesta del CPC sul citato brevetto divisionale, sempre relativamente al territorio italiano. Tale istanza veniva avanzata nell'aprile dello stesso anno, senza tuttavia specificare nella domanda che il brevetto EP168 era un brevetto divisionale e non principale. In data 8 giugno 2009 l'UIBM concedeva a Pfizer la protezione complementare richiesta.

Con il CPC sul brevetto divisionale, Pfizer otteneva di fatto l'estensione della protezione brevettuale sullo Xalatan anche in Italia, ove invece tale estensione non c'era stata, per la mancata presentazione della richiesta da parte di Pharmacia AB, del CPC sul brevetto principale.

La scadenza brevettuale dello Xalatan veniva quindi spostata, anche in Italia, dal settembre 2009 al luglio 2011.

**28.** Da quanto emerge dagli atti del fascicolo, la validazione dell'EP168 e la richiesta del CPC non è stata effettuata negli altri Stati europei, né la società ha immesso su tali mercati alcun nuovo farmaco protetto dal brevetto divisionale EP168.

Risulta inoltre che, a seguito di sperimentazione pediatrica del farmaco Xalatan, Pfizer stia attualmente richiedendo, come consentito dalla normativa comunitaria di settore<sup>6</sup>, una proroga del certificato complementare di protezione che le garantirebbe un'ulteriore estensione della protezione brevettuale del farmaco di 6 mesi (sino ad arrivare quindi al gennaio 2012), avendo già ottenuto il parere favorevole dell'European Medicines Agency.

### **c) L'ingresso di Ratiopharm sul mercato e il contenzioso in corso**

**29.** Nel frattempo la società Ratiopharm, facendo affidamento sulla scadenza in Italia della protezione fornita allo Xalatan dal brevetto principale EP417, prevista per il 6 settembre 2009, presentava, nei termini consentiti dalla normativa di settore, domanda di immissione in commercio del farmaco generico basato sul principio attivo *latanoprost*.

La relativa istruttoria, svolta dall'AIFA, conduceva all'inserimento del prodotto di Ratiopharm nelle liste di trasparenza, in data 17 maggio 2010<sup>7</sup>. Pertanto, da tale data, le specialità generiche dello Xalatan venivano commercializzate in Italia, in regime di sostituibilità.

<sup>6</sup> Ai sensi dei Regolamenti 1768/1992 (art. 13, par. 3) e 1901/2006 (art. 36) del Parlamento europeo e del Consiglio.

<sup>7</sup> Si fa presente che nella stessa lista di trasparenza veniva inserito, oltre al farmaco di Ratiopharm, anche un prodotto della società SIFI SpA, sempre corrispondente allo Xalatan di Pfizer. A seguito dell'immissione in commercio dei generici dello Xalatan, Pfizer avviava una serie di procedimenti giudiziari, di fronte al giudice ordinario ed amministrativo. In particolare, la società faceva ricorso contro la decisione di AIFA; in merito a tale ricorso, il giudice di primo grado concedeva, in sede

## V. IL MERCATO RILEVANTE

### a) I criteri utilizzati nei precedenti comunitari e nazionali

**30.** Per la definizione del mercato rilevante nel settore farmaceutico, il criterio adottato sia dalla Commissione<sup>8</sup> sia dall'Autorità<sup>9</sup> nelle proprie decisioni consiste nel fare riferimento alle classi terapeutiche, ovvero all'azione chimica e allo scopo terapeutico del medicinale prodotto e/o commercializzato. L'individuazione di tali classi viene realizzata facendo ricorso all'*Anatomical Therapeutic Classification (ATC)*, un sistema di classificazione dei farmaci ideato a cura del *Nordic Council on Medicines* di Uppsala e adottato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità. In forza di tale sistema, i farmaci sono suddivisi secondo una classificazione di tipo alfa-numerico articolata in cinque livelli gerarchici.

**31.** Il terzo livello di tale classificazione, l'ATC3, individua insieme di medicinali che hanno le stesse indicazioni terapeutiche - e che quindi risultano, in generale, sostituibili tra loro in quanto destinati alla cura della medesima patologia - ma non sostituibili con quelli appartenenti ad altre classi situate al primo e al secondo livello. È pertanto da tale livello che generalmente si parte per individuare prodotti sostituibili ai fini della definizione del mercato rilevante.

**32.** Molto spesso, tuttavia, il terzo livello rappresenta soltanto un punto di partenza tanto che, ogni qualvolta ci si trovi dinanzi alla necessità di definire un nuovo mercato del farmaco, risulta necessario effettuare un'analisi di sostituibilità specifica, che può indurre ad andare oltre tale livello ove emerga che i "vincoli concorrenziali" tra le imprese interessate siano rinvenibili ad un livello superiore.<sup>10</sup>

**33.** In particolare, la definizione del mercato del prodotto rilevante è stata fatta coincidere con il IV livello della classificazione ATC sia nel recente caso comunitario *AstraZeneca*<sup>11</sup> che nei casi nazionali Merck e Glaxo.<sup>12</sup> In tali casi, la valutazione è stata condotta sulla base di una complessa analisi qualitativa basata su fattori quali: le caratteristiche dei prodotti, le relative indicazioni terapeutiche, l'indispensabilità di alcuni di essi per uno specifico gruppo di pazienti, ecc..

### b) Descrizione del prodotto interessato

**34.** La segnalazione in esame interessa il settore della produzione e commercializzazione del farmaco Xalatan, la cui indicazione terapeutica concerne la cura del glaucoma.

cautelare, la sospensione della commercializzazione dei farmaci generici, avvenuta a decorrere dal 24 giugno 2010.

Tuttavia, il successivo decreto del 6 luglio 2010 del Consiglio di Stato, emanato a seguito del ricorso delle società Ratiopharm e Sifi, accoglieva l'istanza cautelare delle Parti e rinnovava la validità della decisione dell'AIFA. Tale decreto è stato successivamente confermato con ordinanza del 27 luglio 2010.

<sup>8</sup> Si vedano, ad esempio, i casi IV/M072 *Sanofi/Sterling Drug*, decisione del 10 giugno 1991; IV/M323 *Procordia/Erbamont*, decisione del 20 aprile 1993; IV/M555 *Glaxo/Wellcome*, decisione del 28 febbraio 1995; IV/M587 *Hoechst/Marion Merrell Dow*, decisione del 22 giugno 1995; IV/M737 *Ciba Geigy/Sandoz*, decisione del 2 maggio 1996.

<sup>9</sup> Tra i diversi provvedimenti dell'Autorità si vedano, ad esempio: C6341 *Medeus Pharma/Varie società e ramo d'azienda*, provvedimento n. 12931 del 26 febbraio 2004, in Boll. n. 9/04; C7010 *Tyco Healthcare Italia/Altana Pharma*, provvedimento n. 14299 del 12 maggio 2005, in Boll. n. 19/05; C9073 *Actavis Italy/Ramo d'azienda di Pfizer Italia*, provvedimento n. 17878 del 17 gennaio 2009, in Boll. n. 2/08.

<sup>10</sup> Cfr., ad esempio, decisione della Commissione 17 maggio 1999 caso IV/M.1397 *Sanofi-Synthelabo*, nonché provvedimento AGCM 23 novembre 2000, n. 8916, procedimento I337 *Bracco-Byk Gulden Italia-Farmades-Nycomed Amersham Sorin-Schering*.

<sup>11</sup> Caso comunitario COMP/A. 37.507/F3 - *AstraZeneca*. Con riferimento a tale caso, rileva notare che il Tribunale UE nella recente sentenza ha confermato la validità della decisione della Commissione in merito alla definizione del mercato rilevante. Cfr. para. 154-155, sentenza del Tribunale UE, causa n. T-321/05, depositata il 1 luglio 2010, *AstraZeneca v Commission of the European Communities* (di seguito, sentenza *AstraZeneca*)

<sup>12</sup> Cfr. casi A363 *Glaxo-Principi Attivi* e A364 *Merck-Principi Attivi*.

Xalatan risulta il farmaco antiglaucoma più venduto al mondo, con oltre 20 milioni di prescrizioni mediche. Esso è un farmaco etico, inserito in Classe A, la cui prescrizione medica avviene con ricetta ripetibile. Il prezzo di vendita dello Xalatan è pari a 20,59 euro a flacone. A seguito dell'inclusione della specialità generica, il prezzo di rimborso dello Xalatan è sceso a 10,29 euro.

**35.** Il glaucoma è una malattia a carattere progressivo del nervo ottico e rappresenta un'importante causa di cecità in tutto il mondo. Uno dei fattori di rischio è l'aumentata pressione intraoculare (di seguito, anche, IOP), conseguente ad un accumulo dell'umor acqueo all'interno delle camere anteriore e posteriore dell'occhio.

**36.** A seconda delle caratteristiche anatomiche dell'occhio e quindi del meccanismo di ostruzione al deflusso dell'umore acqueo, il glaucoma può essere classificato in: glaucoma ad angolo aperto - che risulta la patologia più comune (60-70% dei casi) - e glaucoma ad angolo chiuso (o da chiusura d'angolo).

**37.** Dal punto di vista terapeutico, il glaucoma viene trattato, nelle forme iniziali e meno gravi, con farmaci che hanno lo scopo di ridurre la quantità di umore acqueo all'interno dell'occhio. Nelle forme più acute, la cura del glaucoma può richiedere anche trattamenti laser e chirurgici.

**38.** I farmaci antiglaucoma sono, in genere, disponibili sottoforma di collirio e mirano ad abbassare la pressione intraoculare operando attraverso due principali meccanismi:

- i) la riduzione della produzione dell'umor acqueo, al fine di ridurre l'ingresso nell'occhio;
- ii) l'incremento del drenaggio dell'umor acqueo dall'occhio, agendo attraverso una delle due vie di deflusso (trasecolare o uveosclerale).

**39.** La pressione intraoculare è parzialmente regolata dal sistema nervoso autonomo, il quale, come noto, comprende il sistema simpatico ed il sistema parasimpatico. La IOP, pertanto, può essere regolata anche attraverso farmaci stimolanti o inibenti tali sistemi di innervazione.

**40.** L'indicazione terapeutica dello Xalatan è quella di ridurre la pressione intraoculare in pazienti che non rispondono o non tollerano a sufficienza altri farmaci ad attività ipotensiva, favorendo il deflusso dell'umore acqueo dalle zone oculari in cui si è accumulato.

### ***c) I preparati anti-glaucoma e miotici (ATC3)***

**41.** Il principio attivo alla base dello Xalatan è il *latanoprost* che, insieme al *bimatoprost* al *travoprost* e, recentemente, al *tafluprost*<sup>13</sup>, rappresenta un farmaco del tipo "analoghi delle prostaglandine", i quali costituiscono una specifica categoria di prodotti secondo il IV livello della classificazione ATC.

Tale categoria di prodotti appartiene, secondo il livello più aggregato di classificazione ATC3, alla più ampia classe denominata "preparati antiglaucoma e miotici".

**42.** Oltre agli "analoghi delle prostaglandine", sono incluse nella medesima classe ATC3 (preparati antiglaucoma e miotici) altre quattro tipologie di farmaci:

- 1) gli antagonisti dei  $\beta$ -adrenorecettori (**beta-bloccanti**)<sup>14</sup>;
- 2) gli **agonisti colinergici** o parasimpaticomimetici (agonisti dei ricettori della acetilcolina)<sup>15</sup>;

<sup>13</sup> Il tafluprost è stato introdotto solo recentemente a seguito di accordi, raggiunti alla fine del 2009, tra le società Santen e Merk Sharp & Dohme. Il nome commerciale del prodotto è Taflotan. Al momento non si conoscono con precisione le sue caratteristiche e sarà necessario attendere qualche anno di farmacovigilanza affinché si possa quantificare la sua efficacia ipotensiva.

<sup>14</sup> Molti sono i beta-bloccanti attualmente disponibili, tra questi si segnalano il timololo, il betaxololo, il carteololo, il metipranololo e il levobunololo.

<sup>15</sup> Tra di essi, si segnalano il carbacholo, la pilocarpina (impiegata fin dal 1876) e l'aceclidina.

3) gli agonisti degli adrenorecettori o simpaticomimetici (**agonisti adrenergici**)<sup>16</sup>;

4) gli **inibitori dell'anidraasi carbonica**<sup>17</sup>.

**43.** Al riguardo, si osserva che le diverse categorie di farmaci appartenenti al sopraccitato livello ATC3 agiscono secondo diversi meccanismi, i quali comportano sensibili differenze nella loro frequenza di utilizzo, efficacia ipotonizzante, presenza di effetti collaterali. Essi possono risultare, inoltre, diversamente indicati per ciascuna delle singole specificità patologiche.

**44.** In particolare:

1) i **beta-bloccanti** impediscono l'attività simpatica regolata dai beta recettori, riducendo così la produzione di umore acqueo da parte del corpo ciliare. I beta-bloccanti sono stati i farmaci più importanti nella terapia del glaucoma degli ultimi venticinque anni e sono, tuttora, considerati dall'AIFA farmaci di prima scelta, insieme agli analoghi delle prostaglandine, nella cura del glaucoma;

2) gli **agonisti colinergici** imitano le azioni del sistema nervoso parasimpatico: comportandosi come il neurotrasmettitore "acetilcolina", restringono la pupilla e consentono di aprire e stirare il trabecolato, permettendo così il deflusso dell'umore acqueo. Gli agonisti colinergici sono i più vecchi farmaci usati nella cura del glaucoma e rappresentano, ad oggi, la terapia più usata nel trattamento del glaucoma a chiusura d'angolo;

3) gli **agonisti adrenergici** sono principi attivi che imitano le azioni della noradrenalina, il neurotrasmettitore del sistema nervoso simpatico. Essi riducono il flusso sanguigno nel corpo ciliare diminuendo, di conseguenza, la produzione di umore acqueo;

4) gli **inibitori dell'anidraasi carbonica** riducono la produzione di umore acqueo attraverso l'inibizione dell'enzima anidraasi carbonica. L'anidraasi carbonica è un enzima presente a livello renale e oculare; bloccandola si ottiene un effetto diuretico e una minor produzione di umore acqueo, quindi una riduzione della pressione endoculare.

**45.** Gli **analoghi delle prostaglandine** riducono la pressione intraoculare mimando l'azione della prostaglandina F<sub>2α</sub>, che facilita il deflusso dell'umore acqueo attraverso la via uveo-sclerale. Introdotti a partire dalla metà degli anni 90, gli analoghi delle prostaglandine hanno portato ad un cambiamento della terapia farmacologica anti-glaucoma più seguita, divenendo ben presto i farmaci più utilizzati nella pratica terapeutica<sup>18</sup>.

#### ***d) Le specificità degli analoghi delle prostaglandine***

**46.** Sulla base di recenti ricerche scientifiche, gli analoghi delle prostaglandine sembrano rappresentare i presidi farmacologici più potenti e più efficaci per la cura di pazienti affetti da glaucoma, in quanto essi consentono una riduzione maggiore della IOP a fronte di un numero di trattamento giornalieri inferiore.

In particolare, alcuni studi condotti su campioni di pazienti hanno mostrato che il *latanoprost*, applicato una volta al giorno, ha un'efficacia e una sicurezza superiori rispetto sia ad un

<sup>16</sup> I più diffusi in questa classe risultano la clonidina, l'apraclonidina, la brimonidina e la dipivefrina.

<sup>17</sup> Tra questi figurano il dorzolamide, il brinzolamide e l'acetazolamide.

<sup>18</sup> Cfr. Bean G.W. e Camras C.B., 2008, Commercially available prostaglandin analogs for the reduction of intraocular pressure: similarities and differences, *Survey of Ophthalmology*, 53(1), pp. 69-84; Toris C.B., Gabelt B. e Kaufman P., 2008, Update on the mechanism of action of topical prostaglandins for intraocular pressure reduction, *Survey of Ophthalmology*, 53(1), pp. 107-120.

tradizionale beta-bloccante (quale il *timololo*, applicato 2 volte al giorno), sia ad un inibitore dell'anidrasi carbonica (quale la *dorzolamide*, applicata tre volte al giorno)<sup>19</sup>.

Da un'altra ricerca, inoltre, emerge che il *latanoprost* permette una riduzione della IOP superiore alla *brimonidina*, appartenente alla classe degli agonisti adrenergici.

**47.** La Tabella 1 riporta i risultati sugli effetti ipotonizzanti (cioè della capacità di ridurre la pressione intraoculare) delle principali molecole ad uso topico (vale a dire, locale) ottenuti da ricerche effettuate su vari campioni di popolazione.

**Tabella 1** - Riduzione della IOP iniziale delle principali molecole ad uso topico

Principio Attivo	Classe di Appartenenza	diff. % rispetto alla IOP iniziale	
		<i>massima</i>	<i>minima</i>
<i>bimatoprost</i>	analoghi delle prostaglandine	- 33	- 28
<i>travoprost</i>	analoghi delle prostaglandine	- 31	- 29
<i>latanoprost</i>	analoghi delle prostaglandine	- 31	- 28
<i>timololo</i>	beta-bloccanti	- 27	- 26
<i>brimonidina</i>	agonisti adrenergici	- 25	- 18
<i>betaxololo</i>	beta-bloccanti	- 23	- 20
<i>brinzolamide</i>	inibitori dell'anidrasi carbonica	- 20	- 17
<i>dorzolamide</i>	inibitori dell'anidrasi carbonica	- 20	- 17

Fonte: European Glaucoma Society, 2008, Terminologia e linee guida per il glaucoma. 3a edizione, p. 123.

**48.** Dal confronto emerge che i tre principi attivi appartenenti agli analoghi delle prostaglandine - *latanoprost*, *bimatoprost* e *tavoprost* - permettono di ottenere una riduzione del tono, in media, di 4-5 punti percentuale superiore a quella ottenibile mediante un trattamento a base di *timololo*<sup>20</sup>.

**49.** Rispetto alle altre specialità anti-glaucoma disponibili, inoltre, gli analoghi delle prostaglandine risultano preferibili anche per la loro maggiore sicurezza, in termini di assenza di effetti collaterali sistemici rilevanti. Con riferimento agli altri prodotti medicinali, infatti, sia la farmacologia che la farmacoterapia hanno mostrato l'esistenza di danni per l'uomo derivanti dal loro uso continuato.

**50.** In particolare, gli effetti indesiderati più frequenti dei beta-bloccanti sono scarsi e di poco rilievo: lieve bruciore e una lieve riduzione della sensibilità corneale. Tali farmaci, inoltre, non

<sup>19</sup> Cfr. Varma R., Hwang L.J., Grunden J.W., Bean G.W. e Sultan M.B., 2009, Assessing the efficacy of latanoprost vs timolol using an alternate efficacy parameter: the intervisit intraocular pressure range, *American Journal of Ophthalmology*, 148, pp. 221-226; Hedman K. e Larsson L., 2002, The effect of latanoprost compared with timolol in African-American, Asian, Caucasian, and Mexican open-angle glaucoma or ocular hypertensive patients, *Survey of Ophthalmology*, 47(1), pp.77-89; Watson P. e Stjernschantz J., 1996, A six-month, randomized, double-masked study comparing latanoprost with timolol in open-angle glaucoma and ocular hypertension, *Ophthalmology*, 103, pp. 126-137.

<sup>20</sup> Alcuni studi scientifici dimostrano, inoltre, che l'efficacia del latanoprost nel ridurre la IOP cresce se tale principio è usato in associazione ad altre sostanze quali il timololo, la pilocarpina, la dipivefrina o ad un inibitore dell'anidrasi carbonica. L'associazione di due farmaci in uno stesso collirio ha però due svantaggi. In primo luogo, quello di non riuscire ad individuare il farmaco responsabile di un eventuale reazione allergica locale. In secondo luogo, quello che la somministrazione della dose corretta di un farmaco possa associarsi ad una dose eccessiva dell'altro. Il profilo degli effetti indesiderati, inoltre, è lo stesso di quello dei due farmaci usati singolarmente.

modificano il diametro pupillare e le reazioni allergiche associate al loro impiego sono di rara osservazione<sup>21</sup>.

Questa classe di farmaci, tuttavia, risulta fortemente controindicata sia in soggetti affetti da patologie cardiache (come bradicardia, aritmie cardiache, blocchi di branca e insufficienza cardiaca), sia in pazienti con patologie respiratorie (come asma o anamnesi positiva per malattie ostruttive delle vie respiratorie), a causa del rischio di insorgenza di un bronco spasmo.

Al riguardo, si osserva come un autorevole studio scientifico<sup>22</sup> abbia evidenziato che le preparazioni oftalmiche di *timololo* sono causa di una riduzione della funzione respiratoria e della capacità di svolgere esercizio fisico nei soggetti più anziani, anche in assenza di precedenti disturbi respiratori.

Un'altra ricerca di settore ha, altresì, dimostrato come, dopo un anno di impiego di preparazioni oftalmiche a base di beta-bloccanti, il rischio (misurato in termini di *hazard ratio*) di sviluppare ostruzione delle vie aeree fosse pari a 2.29. In altre parole, 1 paziente su 55 trattati con preparazioni oftalmiche di beta-bloccanti sviluppa disturbi che richiedono una terapia farmacologica per l'asma<sup>23</sup>.

**51.** Anche i farmaci antiglaucوماتosi appartenenti alle altre classi mostrano contro-indicazioni non trascurabili. All'uso di agonisti colinergici è spesso associata l'insorgenza di congiuntivite, irritazione e bruciore oculare, lacrimazione e miopia; mentre a seguito dell'impiego degli agonisti adrenergici emergono frequentemente ritrazione della palpebra superiore, sbiancamento della congiuntiva, bruciore, sensazione di corpo estraneo, mal di testa, insonnia, congiuntiviti allergiche ed effetti sedativi. All'assunzione di inibitori dell'anidrasi carbonica sono spesso associate febbre e *rash* cutaneo.

**52.** Da ultimo, una chiara indicazione circa la possibilità di individuare un mercato rilevante distinto con riferimento ai soli analoghi delle prostaglandine appare rappresentata dal prezzo di rimborso sensibilmente più elevato dei farmaci appartenenti alla classe analoghi delle prostaglandine rispetto agli altri in commercio con le stesse indicazioni terapeutiche (Tabella 2).

---

<sup>21</sup> Per tali motivi, i beta-bloccanti hanno rappresentato per molto tempo gli agenti di prima scelta nel trattamento antiglaucomatoso.

<sup>22</sup> Cfr. Diggory P., Cassels-Brown A., Vail A., Abbey L.M. e Hillman J.S., 1995, Avoiding unsuspected respiratory side-effects of topical timolol with cardioselective or sympathomimetic agents, *The Lancet*, 345, pp. 1604-6.

<sup>23</sup> Cfr. Kirwan J.F., Nightingale J.A., Bunce C. e Wormald R., 2002, *β-blockers for glaucoma and excess risk of airways obstruction: population based cohort study*, *The British Medical Journal*, 325(7377), pp. 1396-1397.

**Tabella 2** - Principi attivi che riducono la IOP, classe di appartenenza, esistenza di specialità generiche e prezzo di rimborso

Principio Attivo	Classe di Appartenenza	Off-Patent	Prezzo Rimborso (in €)*
<i>timololo</i>	beta-bloccante	sì	1,98
<i>brimonidina</i>	agonisti adrenergici	sì	8,40
<i>brinzolamide</i> <i>dorzolamide</i>	inibitori dell'anidraasi carbonica	no	13,23
<i>bimatoprost</i> <i>latanoprost</i> <i>travoprost</i>	analoghi delle prostaglandine	no sì no	20,37 10,29** 20,30

\* Una volta aperto, il collirio ha una durata di 28 giorni: per tutte le preparazioni un flacone è sufficiente per 28 giorni di trattamento.

\*\* Prima dell'inclusione della specialità generica, il prezzo di rimborso del latanoprost era pari a € 20,59.  
Fonte: elaborazione della Direzione.

**53.** Prima dell'ingresso delle specialità generiche sul mercato, lo Xalatan (unico farmaco a base di *latanoprost* in virtù dell'esistenza della tutela brevettuale) mostrava un prezzo di rimborso, al pari dei prodotti a base degli altri due principi attivi appartenenti alla medesima classe, di gran lunga superiore a quello riconosciuto dall'AIFA per gli altri farmaci, indipendentemente dalla presenza o meno delle versioni *off-patent* di questi ultimi. Anche a seguito della commercializzazione dei farmaci di Ratiopharm e Sifi, il prezzo di rimborso dei prodotti a base di *latanoprost* è di 5 volte superiore a quello del principio attivo più diffuso appartenente alla classe dei beta-bloccanti.

## VI. VALUTAZIONI

### a) L'individuazione del mercato rilevante

#### 1. Il mercato del prodotto

**54.** Le considerazioni esposte in merito alle peculiarità terapeutiche dei medicinali appartenenti alla classe dei "preparati antiglaucoma e miotici", nonché ai loro profili di efficacia e sicurezza, suggeriscono che, nel caso di specie, le specialità medicinali sostituibili con lo Xalatan sono solo i prodotti inclusi nel IV livello della classificazione ATC, ossia tutti gli "analoghi delle prostaglandine".

**55.** In sintesi, i motivi principali della specificità nel trattamento del glaucoma degli analoghi delle prostaglandine rispetto alle altre specialità anti-glaucoma sembrano potersi individuare *i)* nel minor numero di instillazioni giornaliere; *ii)* nella maggiore efficacia ipotonizzante; *iii)* nella minore presenza di effetti indesiderati locali e di controindicazioni; *iv)* nella mancanza di effetti collaterali sistemici rilevanti.

**56.** Rileva, soprattutto, evidenziare che gli analoghi delle prostaglandine rappresentano il farmaco di prima scelta in tutti i pazienti affetti da glaucoma per i quali l'impiego di un beta-bloccante è inefficace o controindicato (segnatamente per tutti i soggetti con patologie cardiache e/o respiratorie). Rileva notare, al riguardo, che tale conclusione può essere dedotta anche dalla nota tecnica n. 78 dell'AIFA che disciplina le modalità di prescrizione a carico del SSN delle specialità per il trattamento del glaucoma<sup>24</sup>.

**57.** Peraltro, l'esistenza di una rilevante differenza di prezzo tra due classi di farmaci sembra confermare che, nel fissare i relativi prezzi di rimborso, le autorità competenti non hanno preso a riferimento l'altra categoria di prodotto, a causa della scarsa sostituibilità esistente tra le due classi<sup>25</sup>.

**58.** Anche all'interno della classe "analoghi delle prostaglandine", peraltro, il *latanoprost* (principio attivo dello Xalatan) appare possedere proprietà che lo differenziano dagli altri principi attivi; in particolare, il *latanoprost* mostra un profilo di tollerabilità superiore, atteso che l'iperemia congiuntivale - evento avverso più comune - appare meno severa nei pazienti trattati con *latanoprost* rispetto al *travoprost* e al *bimatoprost*. Ciò conferisce al *latanoprost* una efficacia maggiore in quanto l'iperemia influisce negativamente sulla *compliance* e sull'aderenza al trattamento<sup>26</sup>.

## **2. Il mercato geografico**

**59.** La dimensione geografica dei mercati della produzione e commercializzazione di farmaci è ritenuta tradizionalmente nazionale sia dalla Commissione che dall'Autorità. Ciò in considerazione delle differenze tra le politiche sanitarie dei singoli Paesi (per tali intendendosi la regolamentazione dei prezzi, delle modalità di rimborso, della classificazione dei medicinali, dei canali distributivi, ecc.) e dei diversi regimi di accesso (ovvero i regimi di brevettazione e di autorizzazione all'immissione in commercio). Per tali ragioni, il mercato ha estensione limitata al territorio nazionale, sebbene si possa attualmente dare atto di un accentuato processo di armonizzazione che sta avendo luogo a livello comunitario e che ha introdotto rilevanti novità legislative, soprattutto in materia di regimi di accesso al mercato.

---

<sup>24</sup> Cfr. Nota 78 disponibile all'indirizzo [www.agenziafarmaco.it](http://www.agenziafarmaco.it). Alle stesse conclusioni appaiono, inoltre, condurre le linee guida fornite dall'agenzia del farmaco britannica (MHRA) nelle quali la soluzione oculare a base di latanoprost è indicata come il trattamento di prima scelta nei pazienti con glaucoma ad angolo aperto ed ipertensione oculare. Cfr. *National Collaborating Centre for Acute Care, 2009, Glaucoma. Diagnosis and management of chronic open angle glaucoma and ocular hypertension, studio commissionato dal National Institute for Health and Clinical Excellence.*

<sup>25</sup> Tale considerazione è stata evidenziata anche dalla Commissione nella decisione relativa al caso *AstraZeneca* (cfr. para 366 della decisione della Commissione nel caso comunitario COMP/A. 37.507/F3 - *AstraZeneca*, pubblicata il 15 giugno 2005).

<sup>26</sup> Sul confronto tra i profili di efficacia e di sicurezza dei principi attivi della classe degli "analoghi delle prostaglandine", cfr., *ex multis*, Zimmerman T.J., Hahn S.R., Gelb L., Tan H., Kim E.E., 2009, *The Impact of Ocular Adverse Effects in Patients Treated With Topical Prostaglandin Analogs: Changes in Prescription Patterns and Patient Persistence*, *Journal of Ocular Pharmacology and Therapeutics*, 25, pp. 145-52; Eyawo O., Nachega J., Lefebvre P., Meyer D., Rachlis B., Lee C.-W., Kelly S., Mills E., 2009, *Efficacy and safety of prostaglandin analogues in patients with predominantly primary open-angle glaucoma or ocular hypertension: a meta-analysis*, *Clinical Ophthalmology*, 3, pp. 447-456; Yildirim N., Sahin A. e Gultekin S., 2008, *The effect of latanoprost, bimatoprost, and travoprost on circadian variation of intraocular pressure in patients with open-angle glaucoma*, *Journal of Glaucoma*, 17, pp. 36-9; Orzalesi N., Rossetti L., Bottoli A. e Fogagnolo P., 2006, *Comparison of the effects of latanoprost, travoprost, and bimatoprost on circadian intraocular pressure in patients with glaucoma or ocular hypertension*, *Ophthalmology*, 113(2), pp. 239-46.

**b) La posizione dominante di Pfizer**

**60.** Xalatan risulta il farmaco antiglaucoma più venduto al mondo, con oltre 20 milioni di prescrizioni mediche.

La Tabella 3 riporta le quote di mercato relative alle vendite di farmaci appartenenti alla classe degli analoghi delle prostaglandine in Italia, per il 2009.

**Tabella 3** - Quote di mercato nella classe degli analoghi delle prostaglandine, in valore, anno 2009

Società	Prodotto (nome commerciale)	Principio Attivo	Valore (mln €)	Quota (%)
Pfizer	<i>Xalatan</i>	<i>latanoprost</i>	29.266	60,3%
Alcon	<i>Travatan</i>	<i>travoprost</i>	10.149	20,9%
Allergan	<i>Lumigan</i>	<i>bimatoprost</i>	9.277	19,1%
<b>Totale mercato italiano</b>			<b>48.692</b>	<b>100,0</b>

Fonte: dati forniti dal segnalante.

**61.** La quota detenuta da Pfizer nel mercato degli analoghi delle prostaglandine è risultata, nel 2009, superiore al 60%. Gli altri due concorrenti presenti nel mercato risultano avere, invece, quote simili e pari a circa un terzo rispetto a quella di Pfizer: in particolare, la società Alcon possiede il 20,9% del mercato, mentre la società Allergan il rimanente 19,1%.

**62.** Al fine di qualificare la quota detenuta da Pfizer, rileva notare che Xalatan è stato il primo analogo delle prostaglandine introdotto nel mercato e ha quindi rappresentato la prima alternativa di rilievo ai beta-bloccanti, disponibile per la cura del glaucoma.

Al riguardo si rileva che l'ingresso sul mercato dei due concorrenti Alcon e Allergan è avvenuto, rispettivamente, alla fine del 2001 e all'inizio del 2002.

Si osserva che i comportamenti posti in essere da Pfizer, con specifico rilievo alla richiesta di brevetto divisionale, sono intervenuti proprio a ridosso dell'ingresso dei due nuovi operatori sul mercato.

**63.** A tal proposito si evidenzia che il possesso di diritti di proprietà intellettuale e di altri diritti di natura regolamentare, nonché i vantaggi legati alla situazione di primo entrante sul mercato sono stati considerati dalla Commissione e, più di recente, dal Tribunale UE nella sentenza *AstraZeneca*, elementi particolarmente significativi ai fini della individuazione di una posizione dominante<sup>27</sup>.

**64.** Tali considerazioni sembrano, peraltro, trovare conferma nei risultati di uno studio sulla dinamica concorrenziale tra gli analoghi delle prostaglandine condotto dalla Gerson Lerhman Group, una società di consulenza farmaceutica statunitense, nel quale si afferma che il prodotto di Pfizer è il prodotto più prescritto per la riduzione della pressione intraoculare e ha fornito negli ultimi dieci anni importanti risposte in termini di efficacia e sicurezza. Il tentativo dei concorrenti Alcon e Allergan di sostituire i propri prodotti allo Xalatan non ha avuto successo a causa anche dell'elevato livello di soddisfazione dei pazienti in cura con il farmaco di Pfizer. Per queste

<sup>27</sup> Cfr. para 244 e 253 della sentenza *AstraZeneca*, cit..

ragioni, conclude lo studio, lo Xalatan è destinato a rimanere la specialità più importante per la riduzione della IOP anche nel prossimo futuro e la “dominanza” di Pfizer nel mercato delle prostaglandine non è in pericolo.

**65.** Occorre valutare altresì la presenza di significative barriere all’ingresso al mercato, principalmente di tipo normativo - rappresentate dalla necessità di ottenere le relative autorizzazioni amministrative per la commercializzazione dei farmaci -, nonché quelle costituite dalla presenza di un marchio particolarmente noto, in ragione della molteplicità delle specialità medicinali commercializzate da Pfizer, e di una capillare rete di informatori farmaceutici in grado di contattare la gran parte dei medici del SSN, soggetti a cui è delegato l’onere di prescrivere il farmaco ai pazienti.

**66.** Gli elementi sopra descritti, che caratterizzano la posizione di Pfizer nella produzione e commercializzazione di Xalatan, appaiono, pertanto, idonei a conferire all’operatore la possibilità di agire indipendentemente dai suoi concorrenti attuali e potenziali e dai suoi clienti senza subire pregiudizio, in modo tale da ostacolare lo svolgimento di una concorrenza effettiva nel mercato rilevante dei farmaci appartenenti alla classe degli “analoghi delle prostaglandine”.

#### ***c) I comportamenti oggetto di valutazione***

**67.** Oggetto di valutazione sono i comportamenti di Pfizer volti a prorogare artatamente la naturale scadenza della protezione brevettuale accordata al proprio prodotto, mediante un utilizzo strumentale ed improprio delle procedure amministrative. Tali comportamenti appaiono costituire una strategia escludente, avendo come oggetto e come effetto l’esclusione dei potenziali concorrenti, rappresentati dai produttori di farmaci generici, per una parte o per tutto il periodo di tempo intercorrente tra la scadenza originaria del prodotto e quella fissata a seguito dell’ottenimento della proroga.

**68.** In particolare, la strategia di Pfizer si è realizzata mediante la richiesta di un brevetto divisionale (EP168), a 13 anni di distanza dalla richiesta del brevetto principale (EP417), che presentava una rivendicazione solo formalmente più ampia di quella oggetto del brevetto originario, ma che in realtà si sovrapponeva come ambito di tutela a quello dell’EP417: la nuova rivendicazione si riferiva, infatti, ad una classe di molecole che già comprendeva il *latanoprost*, oggetto del precedente brevetto EP417.

A seguito della richiesta del brevetto divisionale, non si è verificata alcuna immissione in commercio di nuovi farmaci da parte di Pfizer, ma solo l’inoltro, in Italia, della domanda di CPC presso l’UIB, la quale non era stata richiesta nei termini di legge sul brevetto principale<sup>28</sup>. Tale richiesta era esclusivamente volta a prolungare la copertura brevettuale del farmaco Xalatan, già protetto dal brevetto principale, portandola dal settembre 2009 al luglio 2011<sup>29</sup>.

Come già accennato, si sottolinea che la richiesta di CPC è consentita dalla normativa di settore nei confronti di un c.d. “*basic patent*”, ossia un brevetto che protegge un principio attivo. Pertanto, nel caso in esame tale brevetto avrebbe dovuto essere il brevetto principale EP417, com’è

<sup>28</sup> Si evidenzia che, a differenza degli altri Paesi europei in cui la richiesta del CPC era stata presentata nel corso del 1997, solo in Italia e Spagna la copertura garantita dal brevetto principale non era stata prolungata.

<sup>29</sup> Si ricorda, peraltro, come a seguito di richiesta di sperimentazione del farmaco a fini pediatrici la protezione brevettuale del principio attivo *latanoprost* potrebbe essere ulteriormente prorogata di sei mesi, fino al gennaio 2012, con ulteriore ritardo nell’ammissione in commercio dei relativi farmaci generici.

effettivamente avvenuto in tutti i Paesi Membri - ad eccezione della Spagna e dell'Italia, per mancanza della relativa richiesta da parte di Pfizer - nel biennio 1996-97.

**d) Il carattere abusivo dei comportamenti**

**69.** I comportamenti descritti appaiono suscettibili di configurare una fattispecie abusiva.

In primo luogo, la richiesta di un brevetto divisionale, nella misura in cui le relative rivendicazioni si estendevano alla classe che ricomprende il *latanoprost*, già protetto da privativa, appare in contrasto con lo *ratio* della normativa comunitaria, che consente e/o impone una "specificazione" della richiesta in presenza di un'effettiva distinzione tra le invenzioni e di un effettivo contenuto innovativo di ciascuna di esse.

Al riguardo, si osserva che anche il *Board of Appeal* dell'EPO<sup>30</sup> ha evidenziato - in applicazione del principio, assodato nella giurisprudenza dello stesso organismo europeo, del divieto del c.d. "double patenting", vale a dire il divieto di ricevere, anche mediante domande divisionali, una doppia protezione brevettuale sulla stessa invenzione - come non si possa ottenere un brevetto divisionale qualora la relativa domanda volontaria presenti una rivendicazione che, in concreto, è la stessa, o comunque risulta sovrapponibile, alla rivendicazione del brevetto originario. E ciò anche nell'ipotesi in cui la rivendicazione più ampia di cui alla domanda di brevetto divisionale volontaria contenga in sé la rivendicazione più limitata del brevetto originario.

**70.** Peraltro, rileva nel caso di specie la circostanza per cui Pfizer, in occasione della domanda di CPC all'UIBM nell'aprile 2009, ha indicato quale brevetto a cui associare tale richiesta di protezione supplementare, il brevetto divisionale EP 168, omettendo di specificare che il c.d. "basic patent" rispetto al principio attivo *latanoprost* era il precedente brevetto principale EP 417.

**71.** In secondo luogo, la presentazione di numerose domande divisionali sullo stesso brevetto può anche rispondere ad una strategia difensiva delle imprese, volta a bloccare lo sviluppo di un nuovo farmaco concorrente attraverso la costituzione di una fitta ragnatela brevettuale a protezione di una medesima specialità medicinale. La diffusione di tale prassi è stata evidenziata anche dalla Commissione Europea, nella sua recente indagine sulla concorrenza nel settore farmaceutico<sup>31</sup>, condotta allo scopo di verificare il corretto funzionamento del settore, analizzando, in particolare, le cause della riduzione del numero di nuovi farmaci e del ritardato ingresso dei medicinali generici.

**72.** La strumentalità della suddetta richiesta rispetto all'obiettivo di prorogare la scadenza, in Italia, di un farmaco già in commercio e già coperto da protezione brevettuale risulta evidente dalle seguenti circostanze: *i)* la tempistica della richiesta di brevetto divisionale (strumentale a richiedere il CPC in Italia dove Pfizer aveva ommesso di farlo nel 1997); *ii)* l'assenza dell'immissione in commercio di un nuovo farmaco, che normalmente segue all'ottenimento di un brevetto divisionale; *iii)* la successiva richiesta di CPC esclusivamente in Italia e non in altri Paesi comunitari in cui la protezione brevettuale dell'EP417 era ancora vigente.

**73.** L'uso strumentale delle procedure amministrative da parte di un'impresa in posizione dominante può costituire una fattispecie abusiva nella misura in cui esso sia suscettibile di restringere la concorrenza sul mercato. Tale valutazione risulta confermata dalla recente indagine della

<sup>30</sup> Cfr. decisione T0307/03 del 3.7.2007.

<sup>31</sup> Cfr. European Commission, 2009, Pharmaceutical Sector Inquiry. Final Report, disponibile all'indirizzo <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>.

Commissione europea sulla concorrenza nel settore farmaceutico<sup>32</sup>, la quale evidenzia come tale comportamento figuri tra le strategie più comunemente adottate dalle imprese farmaceutiche *originator* per ritardare o impedire l'accesso al mercato delle specialità generiche.

Il fatto, inoltre, che l'effetto sul mercato di tali condotte possa dipendere dalle decisioni di autorità pubbliche deputate a rilasciare diritti di proprietà intellettuale non esclude, di per sé, che le condotte in esame possano configurarsi come abusive<sup>33</sup>.

**74.** A conclusioni analoghe giunge anche il giudice comunitario nella recente sentenza sul caso *AstraZeneca*, nella quale esso ha avuto modo di affermare che la presentazione alle autorità pubbliche di informazioni non veritiere di natura tale da indurre tali autorità in errore e a consentire il rilascio di diritti di proprietà intellettuale a cui un'impresa non avrebbe diritto - o avrebbe diritto per un periodo più limitato - costituisce una fattispecie particolarmente restrittiva della concorrenza<sup>34</sup>.

Al riguardo, rileva notare che, in questa occasione, il Tribunale UE ha anche affermato che, ai fini di valutare se una impresa dominante abbia o meno violato quella speciale responsabilità che le incombe, non è neanche necessaria la verifica della sussistenza di una mala fede, poiché la nozione di abuso è di carattere oggettivo e quindi prescinde a stretto rigore dall'accertamento di un intento escludente<sup>35</sup>.

Il Tribunale ritiene, pertanto, che, sebbene la sussistenza di un intento escludente costituisca comunque un elemento da valutare, risulta fondamentale l'accertamento oggettivo della condotta<sup>36</sup>.

**75.** In tale ottica, si ritiene che la strategia di Pfizer, volta a prolungare artatamente la protezione brevettuale del principio attivo *latanoprost* in Italia, al fine di impedire l'accesso al mercato di un nuovo farmaco generico, possa configurare un abuso della posizione dominante che tale impresa detiene nel mercato sopra individuato.

**76.** Il comportamento posto in essere da Pfizer appare infatti idoneo a creare uno stato di incertezza giuridica in merito alla possibilità di commercializzare un nuovo farmaco generico. In tal modo, Pfizer ha reso più oneroso per i genericisti il costo effettivo di ingresso sul mercato, in termini di programmazione e di realizzazione.

Peraltro, con i comportamenti descritti, Pfizer ha, sia pure per un breve lasso temporale<sup>37</sup>, ostacolato l'ingresso dei genericisti in Italia che, dalla documentazione agli atti del fascicolo, risultavano essere in condizioni di commercializzare il farmaco generico a base di *latanoprost* sul mercato italiano già dal mese di maggio 2010. In tal modo Pfizer è riuscita a mantenere, di fatto, l'esclusiva nella produzione di farmaci a base di *latanoprost*, anche successivamente al venir meno delle privative ad essa spettanti.

<sup>32</sup> Cfr. European Commission, 2009, cit.

<sup>33</sup> Cfr. para. 82-88, sentenza della Corte di Giustizia Europea, cause riunite n. C-395/96 P e C-396/96 P, depositata il 16 marzo 2000, *Compagnie maritimes belges transports SA (C-395/96 P), Dafra-Lines A/S C. Commissione (C-396/96 P)*.

<sup>34</sup> Cfr. para. 355 e 361 della sentenza *AstraZeneca*, cit.

<sup>35</sup> Cfr. para. 352 e 356, sentenza *AstraZeneca*, cit. Al riguardo, si vedano anche le seguenti sentenze della Corte di Giustizia Europea: para. 69, causa n. C-62/86, depositata il 3 luglio 1991, *AKZO Chemie BV c. Commissione*; para. 111, causa n. T-228/97, depositata il 7 ottobre 1999, *Irish Sugar plc c. Commissione*; para. 54, causa n. 322/81, depositata il 9 novembre 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Commissione*.

<sup>36</sup> Cfr. para. 359, sentenza *AstraZeneca*, cit..

<sup>37</sup> Infatti, a seguito delle diverse pronunce degli organi giurisdizionali, i farmaci generici a base di *latanoprost* sono stati effettivamente immessi sul mercato italiano in data 17 maggio 2010, ma sono stati poi ritirati in data 27 giugno e resi di nuovo disponibili dal 6 luglio 2010.

**77.** Al momento, sebbene i farmaci generici risultino in circolazione a seguito dell'ordinanza del Consiglio di Stato, non è escluso che possano essere nuovamente ritirati dal commercio, qualora venisse emessa una sentenza favorevole a Pfizer nel giudizio per contraffazione da essa avviato presso il Tribunale di Milano. Tale incertezza pregiudica la capacità di programmare la presenza dei farmaci generici sul mercato.

Infatti, a fronte di una scadenza della protezione brevettuale, prevista per il settembre 2009, si era creato il legittimo affidamento nei produttori di farmaci generici di poter immettere sul mercato, per quella data, un nuovo generico. In questa ottica i genericisti avevano affrontato una serie di investimenti, resi successivamente vani dall'intervenuto prolungamento del periodo di protezione brevettuale.

**78.** L'impatto sulla concorrenza del comportamento descritto appare rilevante, considerato che, come l'esperienza ha evidenziato, le imprese farmaceutiche, anche a seguito della scadenza dei brevetti, e quindi pur dopo avere recuperato i costi fissi di ricerca e sviluppo, tendono a conservare, in tutto o in parte, le rendite che derivavano dalla copertura brevettuale.

Soltanto con l'entrata dei genericisti si assiste, di norma, al lancio di prodotti, identici alle corrispondenti specialità medicinali, che, tramite prezzi particolarmente competitivi, destabilizzano il precedente assetto di mercato<sup>38</sup>.

***e) Il pregiudizio al commercio intracomunitario***

**79.** La fattispecie esaminata appare rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, in quanto la strategia escludente di Pfizer interessa il mercato nazionale, che costituisce parte rilevante del mercato comunitario, ed è idonea a limitare gli scambi tra gli Stati Membri, impedendo l'accesso dei genericisti sul mercato italiano dei farmaci analoghi delle prostaglandine.

RITENUTO, pertanto, che quanto sopra descritto è suscettibile di configurare un abuso di posizione dominante in violazione dell'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea da parte delle società Pfizer Italia S.r.l. e Pfizer Health A.B.;

**DELIBERA**

a) l'avvio dell'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti delle società Pfizer Italia S.r.l. e Pfizer Health A.B., per accertare l'esistenza di violazioni della concorrenza ai sensi dell'articolo 102 del TFUE;

b) la fissazione del termine di giorni sessanta, decorrente dalla data di notificazione del presente provvedimento, per l'esercizio da parte dei rappresentanti legali delle parti, o di persone da essi delegate, del diritto di essere sentiti, precisando che la richiesta di audizione dovrà pervenire alla

---

<sup>38</sup> In proposito si evidenzia che l'indagine della Commissione sul settore farmaceutico dà risalto alle importanti ricadute in termini di contenimento della spesa sanitaria pubblica dovute al ritardo dell'ingresso dei generici sul mercato. Il prezzo al quale i genericisti entrano nel mercato, infatti, è, in media, del 25% inferiore al prezzo dei medicinali prodotti dalle aziende originator prima della perdita dell'esclusiva. Due anni dopo l'accesso al mercato, i prezzi dei medicinali generici sono in media del 40% inferiori rispetto ai prezzi dei medicinali delle imprese farmaceutiche originator. Infine, risulta che anche i prezzi dei medicinali prodotti dalle aziende originator diminuiscono dopo l'accesso al mercato dei medicinali generici.

Direzione Agroalimentare e Trasporti della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità almeno sette giorni prima della scadenza del termine sopra indicato;

c) che il responsabile del procedimento è la Dott.ssa Claudia Giardina;

d) che gli atti del procedimento possono essere presi in visione presso la Direzione Agroalimentare e Trasporti della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità dai legali rappresentanti delle parti o da persone da essi delegate;

e) che il procedimento deve concludersi entro il 15 ottobre 2011.

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

IL SEGRETARIO GENERALE

*Luigi Fiorentino*

IL PRESIDENTE

*Antonio Catricalà*

---

**A432 - COMUNI VARI-ESPLETAMENTO GARE AFFIDAMENTO SERVIZIO  
DISTRIBUZIONE GAS**

*Provvedimento n. 21675*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 ottobre 2010;

SENTITO il Relatore Professor Piero Barucci;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO l'articolo 102 del TFUE;

VISTO il Regolamento del Consiglio UE n. 1/2003 del 16 dicembre 2002;

VISTE le segnalazioni del Comune di Roma e del Comune di Todi, pervenute rispettivamente in data 11 maggio, 10 ottobre e 29 marzo 2010;

VISTA le informazioni pervenute in data 13 ottobre 2010 da parte del Ministero dello Sviluppo Economico;

VISTA la documentazione in proprio possesso;

CONSIDERATO quanto segue:

**I. PREMESSA**

1. I Comuni di Roma e Todi in data 11 maggio, 10 ottobre e 23 marzo 2010 hanno segnalato all'Autorità le problematiche riscontrate con l'attuale concessionario del servizio di distribuzione del gas (Italgas S.p.A., di seguito Italgas) consistenti nel ritardo o rifiuto da parte di quest'ultima di fornire le informazioni necessarie alla predisposizione dei bandi di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas.

**II. LE PARTI**

2. Il Comune di Roma è il più grande comune presente sul territorio nazionale. Il Comune ha affidato il servizio di distribuzione del gas nel territorio di propria competenza alla società Italgas con contratto del 22 maggio 1991, di durata trentennale. In data 20 gennaio 2006 il Comune di Roma ha sottoscritto con la società Italgas un atto aggiuntivo e modificativo del contratto vigente, con il quale la scadenza originaria è stata ricondotta al 31 dicembre 2009, conformemente alle modifiche normative di settore nel frattempo intervenute.

3. Il Comune di Todi, sito in provincia di Perugia, con delibera del 10 febbraio 1984 ha affidato a trattativa privata il servizio di distribuzione del gas nell'area comunale alla società Estigas S.p.A. incorporata successivamente nella società Italgas. Il contratto stipulato il 22 maggio 1984 aveva una scadenza originaria al 31 gennaio 2015. Tuttavia, il contratto, in ragione degli interventi normativi susseguitisi (in particolare, dell'art. 15 del Decreto Legislativo n. 164/2000) che hanno introdotto una scadenza anticipata delle concessioni *ope legis*, ha cessato i suoi effetti dal 31 dicembre 2009.

4. La società Italgas opera, direttamente e tramite proprie controllate, nel settore del gas naturale, segnatamente nella distribuzione e nello svolgimento di attività ad essa correlate. In particolare, Italgas è attiva nella distribuzione di gas naturale in oltre 1300 comuni italiani.

Italgas è interamente controllata da Snam Rete Gas S.p.A., società a sua volta soggetta al controllo esclusivo di ENI S.p.A., tramite una quota di capitale pari al 50,03%. Il fatturato realizzato da Italgas nel 2009 è stato di 747 milioni di euro.

### III. FATTI SEGNALATI

#### *i) La segnalazione del Comune di Roma*

5. Con deliberazione del 16 dicembre 2009 n. 412, la Giunta comunale di Roma ha dato avvio alla procedura di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, ai sensi di quanto previsto dagli artt. 14 e 15 del Decreto Legislativo n. 164/2000, e ha incaricato il Direttore del Dipartimento Sviluppo Infrastrutture e Manutenzione Urbana di porre in essere le attività propedeutiche per lo svolgimento della procedura, nonché di provvedere alle necessarie comunicazioni all'attuale gestore inerenti l'avvio del procedimento e la prosecuzione del servizio ai sensi dell'art. 14, comma 7 del citato decreto, fino alla data di decorrenza del nuovo del nuovo affidamento.

6. In data 11 maggio 2010 è pervenuta all'Autorità una segnalazione da parte del Comune di Roma, consistente nella richiesta inviata dall'ente locale alla concessionaria Italgas di inviare entro trenta giorni la documentazione occorrente ai fini dell'espletamento della gara per la distribuzione del gas<sup>1</sup>.

7. In data 1° ottobre 2010 è pervenuta copia di una nuova richiesta di trasmissione di documenti inviata dal Comune ad Italgas, nella quale si lamenta che, nonostante le riunioni tenutesi con i rappresentanti della concessionaria, è stato dato da quest'ultima solo parziale riscontro alle informazioni richieste.

Il Comune fa inoltre presente che questo ritardo pone l'amministrazione in grosse difficoltà non potendo allo stato essere rispettato il programma assunto relativamente all'espletamento della gara.

---

<sup>1</sup> In particolare, il Comune di Roma richiedeva:

- 1) Documentazione Rete e certificazioni tecniche e amministrative relative all'impianto: planimetrie delle reti; suddivisione delle condotte, impianti, punti di riconsegna e misuratori gas, suddivisione per anno dei contributi ricevuti, relazione di consistenza e valutazione dei beni.
- 2) Documentazione tariffaria relativa al 3° periodo di regolazione 2009-2012;
- 3) Elenco servitù di posa.
- 4) Elenco delle concessioni per la realizzazione dell'impianto.
- 5) Elenco delle autorizzazioni alla posa delle condotte, con i canoni da corrispondere.
- 6) Per gli Impianti di prelievo riduzione e misura di 1° salto e Impianti di riduzione intermedia: schemi di flusso; denunce ISPELS, copia ultima verifica messa a terra; certificato prevenzione incendi; denuncia ASL, verifica impianto elettrico; benessere SNAM all'installazione; concessione edilizia, contratto di fornitura energia elettrica.
- 7) Per i gruppi di riduzione finali e industriali: schemi di flusso delle apparecchiature; certificati di conformità concessione edilizia o DIA
- 8) Per l'impianto di produzione catodica: planimetria; indicazione delle condotte in acciaio; certificati di conformità delle apparecchiature; copia permessi e autorizzazioni; copia dei resoconti effettuati nell'ultimo anno; contratti di fornitura energia elettrica; denunce impianti messa a terra; rapporto di protezione catodica aggiornato al 12/2009.
- 9) Varie: elenco e posizione fughe; volume di gas immesso dal 2005; volume di gas immesso mensilmente nell'anno 2008 e 2009.

**8.** Nella comunicazione segue poi un dettagliato elenco della documentazione non consegnata o consegnata solo parzialmente. In particolare, il Comune di Roma rileva le seguenti mancanze con riferimento:

- alle cartografie, ai contributi pubblici e privati ricevuti da Italgas durante lo svolgimento dell'attività, ai beni connessi con la gestione del sistema distributivo e alla relazione di consistenza;
- alla documentazione tariffaria relativa al 3° periodo di regolazione 2009-2012;
- all'elenco di servitù di posa con gli eventuali canoni da corrispondere annualmente, all'elenco delle concessioni ottenute per la realizzazione dell'impianto con il relativo collaudo finale e all'elenco delle autorizzazioni alla posa delle condotte gas con i relativi canoni annui da corrispondere;
- agli impianti di prelievo riduzione e misura di 1° salto e Impianti di riduzione intermedia<sup>2</sup>;
- ai Gruppi di riduzione finali e industriali<sup>3</sup>;
- all'Impianto di produzione catodica<sup>4</sup>;
- a documenti vari<sup>5</sup>.

**9.** Pertanto, il Comune di Roma ha chiesto nuovamente ad Italgas che le vengano rimessi i documenti mancanti entro trenta giorni.

#### *ii) La segnalazione del Comune di Todi*

**10.** Con deliberazione comunale n. 7 dell'11 febbraio 2010, il Consiglio Comunale di Todi ha deliberato di attivare le procedure di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, dando mandato al Responsabile del Procedimento di inviare una nuova richiesta di documenti necessari allo scopo (stante la scarsità di dati rimessi dalla stessa Italgas a seguito di una prima nota inviata dall'ente locale in data 6 novembre 2009) e di ordinare alla società di redigere lo stato di consistenza dell'impianto di distribuzione, completo delle planimetrie, dettagliato per tipologia di cespiti e anni di installazione, comprensivo dei contributi pubblici e privati percepiti.

Nella delibera inoltre, si dava atto dell'intenzione di giungere all'individuazione del nuovo gestore in tempi brevi, entro il 1° semestre del corrente anno (data ormai largamente non più rispettata).

**11.** In data 15 marzo 2010 è pervenuta una segnalazione da parte del Comune di Todi consistente nella comunicazione dallo stesso inviata ad Italgas, nella quale si lamenta che quanto trasmesso dalla società, a seguito della richiesta del 6 novembre 2009, risulta insufficiente e assolutamente inadeguato al fine di stabilire l'indennizzo spettante al gestore uscente (essendo tra l'altro le

---

<sup>2</sup> È parziale la documentazione fornita dalla concessionaria relativa agli impianti di riduzione intermedia relativa agli schemi di flusso delle apparecchiature in esercizio, all'ultima verifica impianto di messa a terra, al certificato di prevenzione incendi, alla denuncia ASL e all'ultima verifica impianto elettrico in luoghi pericolosi, riguardando solo 5 impianti rispetto ai 63 presenti nel Comune; la documentazione delle pratiche di concessioni edilizie degli impianti di riduzione intermedia non è stata prodotta così come la copia del contratto di fornitura energia elettrica, telefonia fissa e acqua potabile.

<sup>3</sup> La documentazione relativa agli schemi di flusso delle apparecchiature in esercizio è parziale, in quanto il carteggio è relativo a soli 10 gruppi di riduzione finali rispetto ai 584 presenti nel comune e a soli 5 gruppi di riduzione industriale rispetto ai 1714 presenti nel Comune; la documentazione relativa ai certificati di conformità delle apparecchiature installate e la copia della concessione edilizia o DIA non è stata prodotta.

<sup>4</sup> Non sono state prodotte: la planimetria dell'impianto con i relativi sistemi di suddivisione della rete e i dati caratteristici, l'indicazione delle condotte in acciaio, i certificati di conformità, la copia dei permessi/autorizzazioni per la realizzazione/mantenimento degli impianti, dei resoconti delle misure effettuate nell'ultimo anno, dei contratti di fornitura di energia elettrica e telefonica fissa e la verifica delle denunce impianti messa a terra PPC.

<sup>5</sup> Non è stato prodotto l'elenco e la posizione fughe riscontrate e riparate negli ultimi tre anni.

planimetrie prive di qualsiasi indicazione del diametro delle condotte) e di fornire ai partecipanti alla gara ogni elemento utile relativamente all'impianto. Segue poi nella comunicazione l'elenco della documentazione occorrente al fine di espletare la gara per il servizio di distribuzione del gas, con richiesta di far pervenire le informazioni in parte entro quindici giorni, in parte entro trenta<sup>6</sup>.

**12.** In data 20 aprile 2010 Italgas ha inviato all'Autorità copia della risposta dalla stessa inviata al Comune di Todi, nella quale la società premette di non ritenere l'iniziativa intrapresa dal comune di voler indire fin da subito la gara compatibile con uno scenario volto all'indizione di gare per ambiti di dimensioni superiori a quelle comunali, che dovranno tenere conto anche delle interconnessioni degli impianti di distribuzione. Contestualmente Italgas ha fornito al Comune solo parte della documentazione richiesta.

**13.** In data 14 luglio 2010, il Comune di Todi ha inviato all'Autorità copia della comunicazione che l'ente locale ha inviato ad Italgas nella quale si evidenziano numerose mancanze nella documentazione trasmessa rispetto a quanto richiesto.

In particolare, il Comune di Todi rileva le seguenti mancanze con riferimento:

- alle planimetrie inviate; alla suddivisione per anno dei contributi ricevuti dal comune e/o altri enti pubblici distinti per allacciamenti agli utenti e per ampliamenti; all'aggiornamento della relazione di consistenza al 31 dicembre 2009 e alla relativa valutazione relativamente ai beni connessi con la gestione del sistema distributivo;
- alla documentazione tariffaria relativa al 3° periodo di regolazione 2009-2012<sup>7</sup>;
- all'elenco delle concessioni<sup>8</sup>;
- ai Gruppi di Riduzione Finale<sup>9</sup>;
- ai gruppi di protezione catodica<sup>10</sup>;
- a vari documenti<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> In particolare, il comune ha richiesto: documentazione Rete e certificazioni tecniche e amministrative relative all'impianto: planimetrie delle reti; suddivisione delle condotte, impianti, punti di riconsegna e misuratori gas, suddivisione per anno dei contributi ricevuti, relazione di consistenza e valutazione dei beni; documentazione tariffaria relativa al 3° periodo di regolazione 2009-2012, sia dati rimessi dal concessionario all'AEEG che dati presenti nell'area riservata ai distributori); elenco servitù di posa; elenco delle concessioni per la realizzazione dell'impianto; elenco delle autorizzazioni alla posa delle condotte, con i canoni da corrispondere; per la cabina REMI di 1° salto: schemi di flusso; denunce ISPELS, copia ultima verifica messa a terra; certificato prevenzione incendi; denuncia ASL, verifica impianto elettrico; benessere SNAM all'installazione; concessione edilizia, contratto di fornitura energia elettrica, telefonia fissa e acqua potabile); per i gruppi di riduzione finali e industriali: schemi di flusso delle apparecchiature; certificati di conformità concessione edilizia o DIA; per l'impianto di produzione catodica: planimetria; certificati di conformità delle apparecchiature; copia permessi e autorizzazioni; copia dei resoconti effettuati nell'ultimo anno; contratti di fornitura energia elettrica e telefonia fissa; denunce impianti messa a terra; varie: elenco e posizione fughe; volume di gas immesso dal 2005; volume di gas immesso mensilmente nell'anno 2008 e 2009.

<sup>7</sup> La documentazione relativa agli anni 2009 e 2010 richiesta è parziale, in quanto sono state prodotte solo alcune sezioni.

<sup>8</sup> E' stata prodotta solo quella per la costruzione della cabina e non è stata inviata copia del contratto di fornitura energia elettrica, telefonia fissa e acqua potabile.

<sup>9</sup> Gli schemi di flusso dei Gruppi di riduzione finali e industriali sono stati prodotti limitatamente a 2 gruppi di riduzione sui 24 gruppi installati e non è stata prodotta la scheda dei gruppi denominato "Cimitero Nuovo Todi-S.Benigno"; non sono stati prodotti inoltre i certificati di conformità delle apparecchiature installate e copia delle concessioni edilizie e DIA.

<sup>10</sup> Non sono state prodotte le planimetrie dell'impianto; la copia dei permessi/autorizzazioni per la realizzazione/mantenimento degli impianti, la copia del contratto di fornitura di energia elettrica e telefonica fissa e le verifiche denunce impianti messa a terra PPC.

**14.** Il Comune concludeva nella lettera sottolineando ad Italgas che la documentazione inviata era insoddisfacente e incompleta con particolare riferimento alla documentazione tariffaria indispensabile per definire l'entità dei valori relativi alle tariffe di riferimento e l'entità dell'indennizzo dovuto al concessionario uscente, la cui determinazione è ricavabile anche dalle schede tariffarie.

**15.** In data 11 agosto 2010 Italgas ha inviato ulteriore documentazione al Comune di Todi, contestando tuttavia alcune richieste quale quella relativa ai contributi di allacciamento e giustificando la mancanza di alcuni certificati con il fatto che la normativa vigente all'epoca non ne prevedeva il rilascio. Quanto alla documentazione tariffaria, Italgas ha fatto appello alla sentenza del TAR Umbria n. 102 del 2010, che ha statuito che il Comune non ha titolo a conoscerla e, infine, per quanto riguarda l'indennizzo ha sostenuto che i dati riportati nella scheda non sono pertinenti per la sua determinazione.

*iii) Le informazioni inviate dal Ministero dello Sviluppo Economico*

**16.** In data 24 settembre 2010 l'Autorità ha inviato al Ministero dello Sviluppo Economico una richiesta di informazioni volta ad acquisire una valutazione tecnica circa il set informativo minimo che il gestore uscente dovrebbe fornire all'ente locale concedente per la riallocazione del titolo concessorio e circa la tempistica entro la quale è ragionevole che tali informazioni debbano essere trasmesse.

**17.** In data 13 ottobre 2010 il Ministero dello Sviluppo Economico ha inviato lo stralcio dell'art. 4 dello schema dell'emanando regolamento sui criteri di gara, che contiene le disposizioni specifiche sugli obblighi informativi dei gestori uscenti e sulla tempistica per trasmettere dette informazioni. In particolare, ai sensi di tale emanando regolamento, i gestori dovrebbero fornire all'ente locale concedente, tra l'altro, lo stato di consistenza dell'impianto di distribuzione con indicazione dei tratti di condotte in acciaio non protetti catodicamente; le informazioni sulle obbligazioni finanziarie in essere relative agli investimenti realizzati nel precedente periodo di affidamento e sui contratti pubblici e privati relativi allo svolgimento del servizio di distribuzione, quali servitù e concessioni di attraversamento; la relazione sullo stato dell'impianto di distribuzione, con i dati di ricerca di fughe degli ultimi tre anni; il numero dei punti di riconsegna e i volumi distribuiti riferiti ai tre anni precedenti; il costo riconosciuto di località e la tariffa di riferimento definiti dall'AEEG, con le schede località, contenenti tutti i dati rilevanti per il calcolo delle tariffe (dati dei costi di capitale e ammortamenti segmentati per tipologia di cespiti e località e ripartiti per soggetto proprietario, indicando se i dati sono approvati dall'AEEG).

**18.** Con specifico riferimento alla tempistica, l'art. 4 prevede che i dati di cui sopra debbano essere forniti entro un termine di sessanta giorni dalla richiesta dell'ente locale, termine prorogabile di altri trenta giorni dall'ente locale in casi di particolare complessità.

In caso di mancata fornitura dello stato di consistenza entro i termini indicati si applica l'art. 10 del DPR 4 ottobre 1986 n. 902<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Non risulta prodotto l'elenco e posizione di fughe riscontrate e riparate negli ultimi tre anni, ma un solo documento relativo ad un'unica fuga segnalata da terzi; quanto al volume di gas annuo immesso a far data dal 2005, è stato prodotto il dato del gas transitato dal 2005 al 2007, ma non quello relativo al 2008 e 2009.

<sup>12</sup> Ai sensi dell'art. 10 del D.P.R. citato: Entro trenta giorni dall'avvenuta notifica del preavviso, "il concessionario deve redigere lo stato di consistenza dell'impianto o dell'esercizio riferito alla data in cui il preavviso è notificato.

Infine, il rifiuto del gestore uscente a fornire i dati necessari per l'effettuazione della gara o il loro ritardo nel fornirli, trascorso il periodo perentorio indicato tramite una procedura di messa in mora, può costituire motivo per la richiesta di risarcimento danni conseguenti al ritardo nella effettuazione della gara d'ambito.

#### IV. VALUTAZIONI

##### *a) Il quadro giuridico di riferimento*

**19.** Ai sensi del combinato disposto dell'art. 46-*bis* del D.L. n. 159/07, convertito nella legge n. 222/07<sup>13</sup>, e dell'art. 15, comma 1, lettera a-*bis*, del decreto legge n. 135/2009, convertito nella legge n. 166/2009, la determinazione degli ambiti territoriali minimi per la distribuzione del gas deve avvenire entro il 31 dicembre 2012 da parte del Ministero dello Sviluppo Economico di concerto con il Ministero per i Rapporti con le Regioni, sentite la Conferenza unificata e l'Autorità per l'energia elettrica e il gas<sup>14</sup>.

Le gare devono essere poi bandite entro due anni dalla definizione degli ambiti.

---

Detto stato di consistenza dovrà essere immediatamente comunicato all'ente concedente che, previo accesso all'impianto od esercizio, dovrà, entro trenta giorni successivi al ricevimento, comunicare al concessionario il proprio accordo o le eventuali osservazioni e proposte di rettifica.

Le comunicazioni di cui al precedente comma sono fatte a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento.

Nel caso di rifiuto o di mancato rispetto del termine perentorio di cui al primo comma da parte del concessionario, lo stato di consistenza è formato, nel termine dei successivi centoventi giorni, dall'ente concedente, i cui incaricati, in base ad un decreto del prefetto, potranno accedere anche coattivamente nelle officine o negli altri locali dell'impianto o dell'esercizio.

Lo stato di consistenza è immediatamente comunicato dal comune al concessionario che, nel termine perentorio dei quindici giorni successivi al ricevimento della comunicazione, potrà far pervenire le sue controdeduzioni, in mancanza delle quali lo stato di consistenza s'intende accettato. Nel caso di disaccordo fra le parti decide, limitatamente all'oggetto della controversia, un collegio di tre periti, nominati uno per parte dall'ente concedente e dal concessionario, ed un terzo, con funzioni di presidente, dal presidente del tribunale nella cui giurisdizione ha sede l'ente riscattante".

<sup>13</sup> Art. 46-*bis*: 1. Al fine di garantire al settore della distribuzione di gas naturale maggiore concorrenza e livelli minimi di qualità dei servizi essenziali, i Ministri dello sviluppo economico e per gli affari regionali e le autonomie locali, sentita la Conferenza unificata e su parere dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, individuano entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto i criteri di gara e di valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas previsto dall'articolo 14, comma 1, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, tenendo conto in maniera adeguata, oltre che delle condizioni economiche offerte, e in particolare di quelle a vantaggio dei consumatori, degli standard qualitativi e di sicurezza del servizio, dei piani di investimento e di sviluppo delle reti e degli impianti.

2. I Ministri dello sviluppo economico e per gli affari regionali e le autonomie locali, su proposta

dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e sentita la Conferenza unificata, determinano gli ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, a partire da quelli tariffari, secondo l'identificazione di bacini ottimali di utenza, in base a criteri di efficienza e riduzione dei costi, e determinano misure per l'incentivazione delle relative operazioni di aggregazione.

3. Al fine di incentivare le operazioni di aggregazione di cui al comma 2, la gara per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas è bandita per ciascun bacino ottimale di utenza entro due anni dall'individuazione del relativo ambito territoriale, che deve avvenire entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto".

<sup>14</sup> In particolare, l'art. 30, comma 26, della legge 23 luglio 2009, n. 99, recante disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia ha stabilito che "Al comma 1 dell'articolo 23-*bis* del decreto- legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: "Sono fatte salve le disposizioni del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e dell'articolo 46-*bis* del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, in materia di distribuzione di gas naturale. Gli ambiti territoriali minimi di cui al comma 2 del citato articolo 46-*bis* sono determinati dal Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro per i rapporti con le regioni, sentite la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, e l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, tenendo anche conto delle interconnessioni degli impianti di distribuzione e con riferimento alle specificità territoriali e al numero dei clienti finali. In ogni caso l'ambito non può essere inferiore al territorio comunale".

**20.** Poiché la maggior parte delle concessioni ha una scadenza *ope legis* (dicembre 2010) che non coincide con il termine fissato per l'emanazione degli ambiti territoriali minimi, molti comuni, le cui convenzioni stipulate con i concessionari, originando da affidamenti diretti, scadono il 31 dicembre 2010 (o sono scadute prima come nel caso di Roma e Todi), hanno deciso di indire le gare prima del 31 dicembre 2012, anche sulla scorta della recente giurisprudenza amministrativa che si è espressa nel senso di ritenere ammissibile una scelta in tal senso.

**21.** Ai sensi dell'art. 14, comma 7, del Decreto Legislativo n. 164/00 (c.d. Decreto Letta), gli enti locali avviano la procedura di gara non oltre un anno prima della scadenza dell'affidamento, in modo da evitare soluzioni di continuità nella gestione del servizio. Il gestore uscente resta comunque obbligato a proseguire la gestione del servizio, limitatamente all'ordinaria amministrazione, fino alla data di decorrenza del nuovo affidamento. Ove l'ente locale non provveda entro il termine indicato, la regione, anche attraverso la nomina di un commissario *ad acta*, avvia la procedura di gara.

**22.** Il comma 6 del medesimo articolo dispone poi che, nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza, la gara è aggiudicata sulla base delle migliori condizioni economiche e di prestazione del servizio, del livello di qualità e sicurezza, dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale presentati dalle imprese concorrenti.

**23.** Il comma 8 dell'art. 14, del Decreto Legislativo dispone che il nuovo gestore, con riferimento agli investimenti realizzati secondo il piano degli investimenti oggetto del precedente affidamento o concessione, è tenuto a subentrare nelle garanzie e nelle obbligazioni relative ai contratti di finanziamento in essere o ad estinguere queste ultime e a corrispondere una somma al distributore uscente in misura pari all'eventuale valore residuo degli ammortamenti di detti investimenti risultanti dai bilanci del gestore uscente e corrispondenti ai piani di ammortamento oggetto del precedente affidamento, al netto degli eventuali contributi pubblici a fondo perduto.

**24.** Infine, ai sensi del comma 9 del medesimo articolo, gli oneri gravanti sul nuovo gestore ai sensi del comma 8 sono indicati nel bando di gara. Il gestore subentrante acquisisce la disponibilità degli impianti dalla data del pagamento della somma corrispondente agli oneri suddetti, ovvero dalla data di offerta reale della stessa.

#### ***b) I mercati rilevanti***

**25.** Ai fini della valutazione delle segnalazioni in questione, il mercato rilevante, sotto il profilo del prodotto, può essere individuato con riferimento al servizio oggetto di concessione, ovvero la distribuzione di gas naturale.

**26.** La distribuzione di gas consiste nel servizio di trasporto di gas naturale lungo le reti locali. Dal lato dell'offerta, il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale è caratterizzato da condizioni di monopolio naturale ed è svolto in monopolio legale dalle imprese di distribuzione<sup>15</sup>. L'unica forma di concorrenza possibile è dunque quella relativa alla partecipazione alle gare per l'affidamento delle concessioni venute a scadenza (c.d. concorrenza per il mercato).

---

<sup>15</sup> L'art. 14 del Decreto Legislativo n. 164/00 specifica che "L'attività di distribuzione è attività di servizio pubblico. Il servizio è affidato mediante gara per periodi non superiori a 12 anni".

**27.** Nei circa 6.500 mercati locali della distribuzione di gas sono presenti quasi 303 operatori di distribuzione monopolisti nei territori comunali in concessione. La quota nazionale di gas distribuito da ENI, tramite le società controllate tra cui Italgas, è pari al 26,6% a dati 2008.

**28.** Si tratta di un mercato di dimensione geografica locale, attualmente coincidente con l'area di attribuzione di ciascuna concessione esclusiva, che è di dimensione comunale, mentre, quando verranno emanati gli ambiti, avrà una dimensione maggiore; nel caso di specie, i mercati rilevanti coincidono con i comuni di Roma e Todi, ovvero con gli ambiti delle concessioni che gli enti locali intendono mettere a gara e nei quali attualmente Italgas opera come concessionario<sup>16</sup>.

Sui mercati rilevanti, così individuati, poiché il concessionario opera in posizione di esclusiva, la società Italgas è monopolista.

**c) La qualificazione della fattispecie**

**29.** La fattispecie portata all'attenzione dell'Autorità riguarda presunti comportamenti della concessionaria Italgas, operatore monopolista nel servizio di distribuzione del gas dei Comuni di Roma e Todi, volti ad ostacolare le gare per il riaffidamento del servizio, consistenti, in particolare, nel rifiuto (o ritardo) di fornire le informazioni necessarie ai fini della predisposizione del bando di gara.

**30.** La predisposizione di gare secondo modalità idonee a favorire la più ampia partecipazione possibile è un fattore di primaria importanza per realizzare compiutamente il processo di liberalizzazione fortemente voluto dal legislatore nel settore del gas, oltre che per l'auspicato sviluppo di una concorrenza *per* il mercato della distribuzione del gas, caratterizzata da condizioni di monopolio naturale.

**31.** Poiché l'effettiva contendibilità del mercato in sede di gara è strettamente legata alle modalità di predisposizione del bando di gara, quest'ultimo dovrebbe poter essere formulato in modo tale da evitare ogni indebito vantaggio concorrenziale a favore dell'incumbent tale da scoraggiare i potenziali concorrenti. Detto vantaggio competitivo può consistere anche nel possesso di informazioni necessarie alla formulazione di un'offerta realmente competitiva.

**32.** Si consideri che il mantenimento della posizione di distributore monopolista in un ambito comunale rileva anche per gli innegabili vantaggi che tale posizione è in grado di arrecare alla società di vendita controllata dal distributore *incumbent*<sup>17</sup>.

**33.** Il comportamento di Italgas si potrebbe quindi configurare come un abuso di posizione dominante di natura escludente, volto ad ostacolare la concorrenza *per* il mercato della distribuzione del gas, e consistente nel rifiuto (o ritardo) di fornire informazioni, acquisite in virtù di posizioni di monopolio originate per lo più da affidamenti diretti, che risultano necessarie ai concorrenti al fine di partecipare alle gare o di formulare offerte competitive.

Si tratta, a titolo meramente esemplificativo, di documenti relativi allo stato di consistenza dell'impianto, all'entità dei contributi pubblici ricevuti (al fine di poter calcolare, come previsto dal Decreto Legislativo n. 164/2000, l'indennizzo da riconoscere al gestore uscente), ai contratti pubblici e privati connessi alla proprietà degli impianti (servitù e concessioni) e alle schede tariffarie, informazioni che, come confermato dalle informazioni inviate dal Ministero dello

<sup>16</sup> Cfr. A411B - *Sorgenia Italgas*, in Boll. n. 35/10.

<sup>17</sup> Cfr. A41B - *Sorgenia/Italgas*, in Boll. 35/10.

Sviluppo Economico, i gestori dovrebbero fornire all'ente locale concedente, così come previsto nell'emanando regolamento.

**34.** Giova peraltro osservare che la mancanza di alcune informazioni, anche al di là della loro stretta essenzialità per poter predisporre il bando di gara, può incidere sulla “qualità complessiva” dell'offerta presentata dai concorrenti dell'incumbent una volta predisposto il bando, se non addirittura sugli incentivi a partecipare alla gara da parte di altri concorrenti, avvantaggiando oggettivamente i concessionari uscenti che dette informazioni invece possiedono. È evidente, infatti, che i concessionari uscenti potrebbero formulare offerte più competitive sfruttando l'asimmetria informativa dei propri concorrenti, anche in considerazione del fatto che la componente tecnica nell'offerta di gara in questi casi è molto rilevante, come anche previsto dall'art. 14, comma 6 del Decreto Legislativo n. 164/2000.

**35.** Infine, si rileva come anche quella parte di informazioni che Italgas ha inviato agli enti locali richiedenti è stata trasmessa con notevole ritardo rispetto ai tempi che potrebbero essere ritenuti congrui dal Ministero dello Sviluppo Economico rispetto alla tipologia dei dati richiesti (sessanta giorni dalla richiesta, prorogabili di ulteriori trenta da parte dell'ente locale). Si consideri, al riguardo, che alla richiesta di informazioni inviata dal Comune di Roma il 4 maggio 2010, Italgas ha dato parziale riscontro solo dopo circa quattro mesi, ovvero in data 1 settembre 2010.

**36.** I comportamenti descritti sono quindi idonei ad avere un effetto escludente sui mercati della distribuzione del gas e assumono una particolare rilevanza concorrenziale sia perché avvengono in un contesto nel quale per la prima volta si intendono adottare procedure di gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, sia perché investono un Comune, quale quello di Roma, che è il più grande Comune italiano e la cui gara riveste un'importanza assoluta in termini economici e strategici per gli operatori concorrenti.

**37.** In conclusione, l'Autorità intende verificare se le condotte oggetto della presente istruttoria integrino un abuso di posizione dominante da parte di Italgas nei mercati della distribuzione del gas nei Comuni di Todi e Roma.

#### ***d) Il pregiudizio al commercio intracomunitario***

**38.** I descritti comportamenti appaiono idonei a pregiudicare il commercio intracomunitario e, pertanto, integrare gli estremi per una violazione dell'art. 102 del TFUE.

**39.** Secondo la Comunicazione della Commissione 2004/C 101/07 – *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*, su GUCE C 101/81 del 27 aprile 2004, il concetto di pregiudizio al commercio intracomunitario deve essere interpretato tenendo conto dell'influenza diretta o indiretta, reale o potenziale, sui flussi commerciali tra gli Stati membri.

**40.** Si consideri, al riguardo, che la fattispecie oggetto del presente procedimento appare idonea a condizionare le possibilità di partecipazione, di qualificati concorrenti nazionali e comunitari, atteso che alle gare per l'assegnazione dei servizi di distribuzione del gas possono partecipare tutte le imprese insediate in Paesi Membri dell'UE che possiedono i requisiti richiesti. I comportamenti contestati ad Italgas sono idonei, quindi, a produrre effetti nei confronti di operatori sia italiani sia stranieri, attivi nei mercati della distribuzione di gas naturale<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Al riguardo, l'art. 14, comma 5, del decreto legislativo n. 164/2000 dispone che: “Alle gare di cui al comma 1 sono ammesse, senza limitazioni territoriali, società per azioni o a responsabilità limitata, anche a partecipazione pubblica, e

**41.** Di conseguenza, la fattispecie oggetto del presente procedimento, apparendo idonea ad arrecare pregiudizio al commercio tra Stati membri, deve essere valutata ai sensi dell'articolo 102 del TFUE.

RITENUTO, pertanto, alla luce delle considerazioni su esposte, che i comportamenti descritti potrebbero dare luogo a una violazione dell'articolo 102 del TFUE;

#### DELIBERA

a) l'avvio dell'istruttoria ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti della società Italgas S.p.A. per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 102 TFUE;

b) la fissazione del termine di giorni trenta decorrenti dalla notificazione del presente provvedimento per l'esercizio da parte dei legali rappresentanti delle parti del diritto di essere sentiti, precisando che la richiesta di audizione dovrà pervenire alla Direzione "Energia" della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità almeno quindici giorni prima della scadenza del termine sopra indicato;

c) che il responsabile del procedimento è la Dott.ssa Barbara Fattorini;

d) che gli atti del procedimento possono essere presi in visione presso la Direzione Energia della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità dai rappresentanti legali delle parti, nonché da persona da essi delegata;

e) che il procedimento deve concludersi entro il 15 dicembre 2011.

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

IL SEGRETARIO GENERALE

*Luigi Fiorentino*

IL PRESIDENTE

*Antonio Catricalà*

---

società cooperative a responsabilità limitata, sulla base di requisiti oggettivi, proporzionati e non discriminatori, con la sola esclusione delle società, delle loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, che, in Italia o in altri Paesi dell'Unione europea, gestiscono di fatto, o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica. Alle gare sono ammessi inoltre i gruppi europei di interesse economico".

**I726 - ASL REGIONE PIEMONTE-GARA FORNITURA VACCINO ANTINFLUENZALE**  
*Provvedimento n. 21677*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 ottobre 2010;

SENTITO il Relatore Professore Carla Bedogni Rabitti;

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

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

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

VISTO il Regolamento del Consiglio n. 1/2003 del 16 dicembre 2002;

VISTO l'articolo 54 della legge 6 febbraio 1996, n. 52;

VISTA la segnalazione pervenuta in data 14 dicembre 2009, integrata in data 16 dicembre 2009, relativa ad una gara indetta - nel mese di settembre 2009 - dalla ASL di Alessandria della Regione Piemonte per la fornitura di vaccino antinfluenzale occorrente per la campagna di vaccinazione 2009-2010;

VISTO il proprio provvedimento del 16 dicembre 2009, con cui è stata avviata un'istruttoria, ai sensi dell'art. 14 della legge n. 287/90, per presunta violazione dell'art. 101 del TFUE, nei confronti delle società Solvay Pharma S.p.A. e Sanofi Pasteur MSD S.p.A., al fine di verificare l'eventuale esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza non solo nell'ambito della gara bandita dalla ASL di Alessandria ma anche in altre aree del territorio italiano;

SENTITI in audizione i rappresentanti di Solvay Pharma S.p.A. e Sanofi Pasteur MSD S.p.A., rispettivamente, in data 22 e 31 marzo 2010;

VISTA la memoria della società Solvay Pharma S.p.A., pervenuta in data 5 maggio 2010;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, inviata alle Parti in data 24 giugno 2010;

CONSIDERATO che, a seguito della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie alle Parti, non sono pervenuti documenti o altre memorie scritte e che non è stata presentata richiesta di audizione finale dinanzi al Collegio, ai sensi dell'art. 14, comma 5, del D.P.R. n. 217/98;

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

CONSIDERATO quanto segue:

**I. PREMESSA**

**1.** In data 14 dicembre 2009 è pervenuta una segnalazione da parte della ASL di Alessandria della regione Piemonte (di seguito, ASL AL) relativa a taluni comportamenti posti in essere dalle società Solvay Pharma S.p.A. (di seguito, Solvay o anche Solvay Pharma) e Sanofi Pasteur MSD S.p.A. (di seguito, Sanofi o anche Sanofi Pasteur) in occasione della gara bandita nel mese di settembre 2009 per la fornitura di 96.000 dosi di vaccino antinfluenzale per la campagna di vaccinazione 2009/2010.

## II. LE PARTI

2. Solvay Pharma, ora Abbott Products S.p.A., era la divisione farmaceutica del gruppo internazionale Solvay (di seguito, gruppo Solvay), attivo nella ricerca, sviluppo, produzione, promozione e vendita di prodotti chimici, plastici e farmaceutici<sup>1</sup>.

Solvay Pharma ha realizzato nel 2008 un fatturato complessivo di circa 2,7 miliardi di euro a livello mondiale, di cui circa 976 milioni di euro nell'Unione Europea e 115 milioni di euro in Italia.

Abbott ha realizzato nel 2008 un fatturato pari a circa 20 miliardi di euro su base mondiale, di cui 4,6 miliardi di euro nell'Unione Europea e 740 milioni di euro in Italia.

3. Sanofi Pasteur è la società del gruppo Sanofi-Aventis S.A. (di seguito, gruppo Sanofi-Aventis) specializzata nella produzione di vaccini.

Il gruppo Sanofi-Aventis, quotato presso le borse di Parigi e New York, è attivo a livello mondiale nella ricerca, sviluppo, produzione e commercio di prodotti per la salute. L'attività commerciale di Sanofi-Aventis coinvolge tre principali settori: *i*) farmaceutico; *ii*) vaccinazione ad uso umano; *iii*) salute per animali.

Il fatturato realizzato dal gruppo Sanofi-Aventis nel 2008 è risultato pari a circa 27,5 miliardi di euro, di cui 10,6 miliardi di euro per vendite effettuate nell'Unione Europea e 1,2 miliardi di euro circa per vendite effettuate in Italia.

Nel medesimo esercizio Sanofi Pasteur ha realizzato un fatturato pari a circa 70 milioni di euro in Italia.

## III. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

4. In data 16 dicembre 2009 l'Autorità ha avviato, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 287/90 o dell'art. n. 101 del TFUE e dell'art. 14 della legge n. 287/90, un procedimento istruttorio nei confronti delle società Solvay e Sanofi, al fine di verificare la sussistenza di eventuali comportamenti restrittivi della concorrenza consistenti in un coordinamento finalizzato ad alterare gli esiti della gara bandita dalla ASL AL o, quantomeno, a limitare lo svolgimento del gioco concorrenziale tra le società stesse, così da mantenere stabili nel tempo le posizioni di mercato acquisite. Nel provvedimento di avvio l'Autorità ha altresì ipotizzato che i citati comportamenti potessero costituire il frutto di un più ampio coordinamento posto in essere dalle società Solvay e Sanofi avente per oggetto - o per effetto - di restringere o falsare la concorrenza in maniera consistente nel mercato della fornitura dei vaccini antinfluenzali non solo nella regione Piemonte, ma anche in altre regioni del territorio italiano, configurando pertanto anche un pregiudizio al commercio intracomunitario.

---

<sup>1</sup> In data 11 febbraio 2010, le attività farmaceutiche del gruppo Solvay (la divisione Solvay Pharma) sono state acquisite da Abbott Laboratories (di seguito Abbott), gruppo con sede nello stato di Illinois (USA), attivo a livello globale in quattro settori: prodotti farmaceutici, prodotti nutrizionali, prodotti diagnostici e strumenti medici (cfr. decisione della Commissione dell'11 febbraio 2010 M5661 - *ABBOTT/SOLVAY PHARMACEUTICALS*). Nel prosieguo del presente documento, pertanto, i comportamenti di Solvay Pharma saranno ascrivibili alla nuova entità giuridica in base al principio giurisprudenziale, di derivazione comunitaria, della "continuità economica" (cfr., *ex multis*, sentenza del TAR del Lazio, Sez. I, n. 9203/03 depositata in data 15 luglio 2003 1479 - *VARIAZIONE DI PREZZO DI ALCUNE MARCHE DI TABACCHI*).

5. In data 22 dicembre 2009 sono stati effettuati accertamenti ispettivi presso le sedi delle società Sanofi e Solvay.

Al fine di acquisire informazioni utili alla comprensione dei comportamenti segnalati, sono stati svolti accertamenti ispettivi anche presso le società Novartis Vaccines and Diagnostics S.r.l. (di seguito, Novartis)<sup>2</sup> e Kedrion S.p.A. (di seguito, Kedrion)<sup>3</sup>.

6. Inoltre, in data 22 e 31 marzo 2010 sono stati ascoltati in audizione, rispettivamente, i rappresentanti di Solvay e di Sanofi, al fine di ottenere una più articolata ricostruzione del contesto e del mercato, con particolare riguardo alle caratteristiche del processo produttivo del vaccino e a quelle della domanda, nonché di inquadrare meglio le vicende legate alla gara indetta dalla ASL di Alessandria.

In particolare, nel corso delle audizioni sono state richieste e fornite informazioni sulla quantità di vaccino antinfluenzale prodotta e venduta dalla due società nelle ultime tre stagioni, sulle loro strategie di prezzo e di partecipazione alle gare, nonché sulla dimensione del mercato italiano del vaccino antinfluenzale incluse le quote di mercato detenute dalle principali società attive in tale mercato.

7. Sanofi e Solvay hanno effettuato accesso agli atti in data 4 febbraio 2010; Solvay ha, altresì, esercitato il proprio diritto di difesa depositando una memoria in data 5 maggio 2010.

8. In data 24 giugno 2010 è stata inviata alle Parti la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie.

#### IV. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

##### *Il mercato rilevante*

##### **a) Il mercato del prodotto e le caratteristiche del ciclo produttivo del vaccino**

9. Come è noto, secondo la consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, “*nell’ipotesi di intese restrittive, la definizione del mercato rilevante è successiva all’individuazione dell’intesa, in quanto sono l’ampiezza e l’oggetto dell’intesa a circoscrivere il mercato su cui l’illecito è commesso: vale a dire che la definizione dell’ambito merceologico e territoriale nel quale si manifesta un coordinamento fra imprese concorrenti e si realizzano gli effetti derivanti dall’illecito concorrenziale è funzionale alla decifrazione del grado di offensività dell’illecito*”<sup>4</sup>.

Con riferimento alle gare bandite da enti pubblici, poi, si ricorda che è possibile individuare un mercato distinto per ogni ente appaltante; a questo riguardo, infatti, il Consiglio di Stato<sup>5</sup> ha affermato che “*pur essendo possibile l’individuazione del mercato rilevante con riguardo ad un più ampio contesto geografico e alla domanda di più enti pubblici, ciò non esclude che, [...], anche in base alla domanda di un singolo ente (che per dimensioni rappresenta una parte*

<sup>2</sup> Novartis è un importante operatore del settore, nonché l’unica società aggiudicataria della commessa del Ministero della Salute per la fornitura di 24 milioni di dosi di vaccino per l’influenza pandemica A/H1N1 del valore complessivo di 184 milioni di euro.

<sup>3</sup> Kedrion era risultata aggiudicataria della gara indetta dalla stessa ASL di Alessandria per la fornitura del vaccino antinfluenzale per la campagna di vaccinazione della stagione precedente, 2008/2009.

<sup>4</sup> Cfr. sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza n. 1271/06 depositata in data 10 marzo 2006 A351 - *COMPORAMENTI ABUSIVI DI TELECOM ITALIA*.

<sup>5</sup> Cfr. sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 1189/01 depositata in data 2 marzo 2001 1193 - *ASSICURAZIONE RISCHI COMUNE MILANO*.

rilevante del mercato) possa essere individuato il mercato, all'interno del quale verificare la consistenza della restrizione della concorrenza provocata dall'intesa"<sup>6</sup>.

**10.** Ciò premesso, il procedimento istruttorio riguarda la fornitura di dosi di vaccino per la cura dell'influenza "stagionale" o ordinaria, che ha caratteristiche farmacologiche e terapeutiche del tutto distinte dal vaccino per la cura dell'influenza "pandemica" (il virus A/N1H1 diffusosi nel 2009).

**11.** Dalla documentazione in atti emerge che esistono quattro tipologie di vaccino per la cura dell'influenza ordinaria - "split", "sub-unit", "adiuvati" e "virosomali" - ognuna con caratteristiche specifiche a seconda del diverso trattamento del virus. In breve, la tipologia di vaccino "split", sviluppata negli anni '60, è basata sul virus inattivato e disgregato, mentre nel vaccino "sub-unit", sviluppato negli anni '70, il virus inattivato viene ridotto alle sole proteine di superficie H e N e, pertanto, rispetto a quella "split", la tipologia "sub-unit" presenta minori effetti collaterali. Queste due tipologie (che costituiscono le tipologie "classiche") sono le specialità più diffuse. Nel 2009, il vaccino "sub-unit" ha rappresentato all'incirca il [45-75%]<sup>7</sup> della domanda di vaccino per l'influenza tradizionale.

I vaccini "adiuvati" e "virosomali", invece, presentano caratteristiche chimiche sostanzialmente diverse rispetto alle prime due tipologie, in quanto sono rivolti alla somministrazione a favore di alcune specifiche categorie di soggetti, rispettivamente, gli anziani e i pazienti sieropositivi, ossia affetti da virus HIV. Ogni tipologia di vaccino costituisce un prodotto sostanzialmente omogeneo<sup>8</sup>.

**12.** Le caratteristiche del vaccino prodotto ogni anno sono basate sui ceppi di virus individuati dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) nei mesi di febbraio-marzo e oggetto di riformulazione ogni anno. Ciò comporta che la quantità rimasta invenduta alla fine di ogni stagione di vaccinazione non sia più utilizzabile nella campagna successiva. A partire dall'individuazione degli antigeni da parte dell'OMS, il ciclo produttivo di ciascun produttore ha inizio da febbraio-marzo e si conclude alla fine del mese di luglio. La commercializzazione inizia a settembre/ottobre immediatamente dopo l'emanazione del decreto AIFA di Autorizzazione all'Immissione in Commercio delle singole specialità di vaccini<sup>9</sup>.

**13.** Solvay e Sanofi sono attive nella commercializzazione delle categorie "split"; Solvay, inoltre, produce anche il vaccino di tipo "sub-unit". Entrambe non sono presenti nei segmenti "adiuvati" e "virosomali"<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Si fa peraltro presente che, in numerosi precedenti dell'Autorità, il mercato rilevante è stato identificato nelle pubbliche gare nelle ipotesi in cui l'illecito anticoncorrenziale fosse costituito da intese restrittive della concorrenza, volte ad alterare le dinamiche delle gare stesse. Al riguardo si ricordano i casi relativi alla gara Consip per i buoni pasto (Prov. AGCM n. 10831, del 13 giugno 2002, 1463 - *PELLEGRINI/CONSIP*), alle gare delle U.S.L. per l'acquisizione di lettori e strisce per diabetici (Prov. AGCM n. 11946, del 30 aprile 2003, 1461 - *VARIE IMPRESE/TEST DIAGNOSTICI PER DIABETE*), alle gare per la fornitura di carburante indette da aziende comunali di trasporto pubblico (Prov. AGCM n. 11726, del 20 febbraio 2003, 1474 - *AZIENDE DI TRASPORTO PUBBLICO LOCALE/PETROLIERI*) e alle gare per la fornitura di prodotti disinfettanti alle A.S.L. (Prov. AGCM n. 15393, del 26 aprile 2006, 1639 - *PRODOTTI DISINFETTANTI*).

<sup>7</sup> Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

<sup>8</sup> Cfr. docc. 2.157, 2.160 e 2.169 dell'indice del fascicolo.

<sup>9</sup> L'Autorizzazione per l'Immissione in Commercio (AIC) è il decreto con cui l'Agenzia Italiana del Farmaco autorizza - previo svolgimento delle valutazioni chimico-farmaceutiche, biologiche, farmaco-tossicologiche e cliniche necessarie per assicurare i requisiti di sicurezza ed efficacia - una società farmaceutica a commercializzare il proprio prodotto sul territorio italiano.

<sup>10</sup> Sia Solvay che Sanofi, inoltre, commercializzano esclusivamente il vaccino per l'influenza stagionale, essendo assenti nel mercato del vaccino antipandemico.

**14.** La produzione di vaccino di Sanofi e Solvay è concentrata in pochi stabilimenti localizzati in Europa e l'allocazione della quantità prodotta è stabilita dalla casa madre sulla base delle richieste avanzate dalle *branch* nazionali. Queste ultime, all'inizio di ogni stagione, inviano alla capogruppo una prima stima del proprio fabbisogno annuale, basata su diversi elementi, tra i quali rilevano *[omissis]*.

**15.** Le caratteristiche del sistema produttivo appena descritte determinano che la quantità annuale di vaccino a disposizione delle sedi commerciali nazionali dei due gruppi farmaceutici Sanofi e Solvay sia piuttosto rigida. Qualora, come verificatosi nella campagna di vaccinazione 2009/2010, nel corso della stagione una sede commerciale nazionale abbia necessità di dosi aggiuntive, l'unica possibilità di ottenerle potrebbe essere l'avvio di un processo di consultazione con la casa madre al fine di verificare se esistono dosi invendute in altri paesi che possano essere riallocate. In ogni caso, perché le dosi aggiuntive possano essere collocate sul mercato italiano è necessario ottenere l'autorizzazione da parte di AIFA<sup>11</sup>.

#### **b) Le caratteristiche della domanda**

**16.** La domanda di vaccini proviene da ospedali e aziende sanitarie, anche in forma aggregata o tramite società preposte dalle regioni agli acquisti in *pool* (che costituiscono la domanda "pubblica"), e dal canale *retail*. La percentuale rappresentata dalla domanda pubblica varia considerevolmente da paese a paese; nel mercato italiano la domanda proveniente dalle gare indette dalle ASL (o da consorzi di queste) è di gran lunga prevalente rispetto al canale *retail* ed è pari a circa l'85% della domanda totale. Al contrario, in altri paesi, come la Germania e la Francia, le vendite al canale *retail* costituiscono la parte preponderante della commessa. Ciò causa l'esistenza di una forte variabilità nel prezzo medio del vaccino antinfluenzale riscontrabile nei vari mercati nazionali: nel 2009 il prezzo medio realizzato da Solvay sul mercato italiano per la vendita di Influvac è stato di *[0-10]* €/dose a fronte di una media europea, sempre per il vaccino di Solvay, di circa *[0-10]* €/dose e di valori di circa *[10-20]* €/dose sul mercato tedesco e *[0-10]* €/dose su quello francese<sup>12</sup>.

**17.** Le ASL hanno la facoltà di modificare la quantità di fornitura posta a base di gara, in aumento o in diminuzione del 20%; l'impresa ha quindi l'onere di tenere a disposizione della stazione appaltante il 120% delle quantità messe a gara con il rischio di venderne solo l'80%. Inoltre, sebbene di norma nel bando siano specificate quantità e tempistica della consegna della fornitura richiesta, spesso si tratta di valori indicativi e non esiste alcun obbligo per le ASL di approvvigionarsi per l'intero quantitativo messo a gara. Al contrario, in caso di impossibilità della società aggiudicataria di fornire le quantità richieste, le ASL possono comminare le sanzioni previste dal bando, oltre che segnalare l'inadempimento all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici.

**18.** Ove la società aggiudicataria non possa fornire le quantità richieste, la stazione appaltante può richiedere il subentro di un'altra società (generalmente il secondo miglior offerente). In queste circostanze, il subentrante offre la fornitura al prezzo che aveva offerto in gara ovvero ad un prezzo concordato con l'amministrazione, tentando così di venire incontro alle richieste della stazione appaltante.

---

<sup>11</sup> Cfr. docc. 2.157, 2.160 e 2.169 cit..

**c) Il meccanismo di formazione del prezzo di offerta**

19. Tipicamente i prezzi di aggiudicazione delle gare seguono un andamento crescente nella prima fase della stagione di vaccinazione, per poi diminuire nella fase terminale.

20. In presenza di eccesso di offerta, come verificatosi nella stagione 2008/2009, è possibile che, alla fine della campagna di vaccinazione, alcuni operatori del mercato siano disposti a vendere le quantità residue di dosi di vaccino anche a prezzi molto bassi. Tuttavia, altri operatori, [omissis], in condizioni analoghe, preferiscono lasciare in magazzino le quantità che sono eventualmente rimaste e che pertanto sono destinate alla distruzione, in quanto non più commercializzabili nella stagione successiva<sup>13</sup>.

Nel 2009, a causa dell'anticipazione della campagna, non vi è stata una fase terminale vera e propria della stagione, poiché quasi tutte le ultime gare si sono concentrate nella seconda parte del mese di settembre.

21. Il meccanismo di formazione del prezzo di Solvay e Sanofi risulta in sostanza simile.

Il prezzo di offerta di Sanofi varia in funzione dell'amministrazione appaltante e della quantità richiesta da questa; esso è determinato a partire dal prezzo negoziato in sede AIFA (nel 2009 il prezzo del Vaxigrip - il vaccino di Sanofi - è stato pari a € 5,39) - il quale rappresenta il prezzo massimo di cessione del prodotto alle strutture pubbliche - a cui viene applicata una percentuale di sconto stabilita di volta in volta<sup>14</sup>.

22. Il prezzo di offerta di Solvay è determinato [omissis]<sup>15</sup>.

**d) L'eccezionalità della campagna di vaccinazione 2009/2010**

23. Sia dalla documentazione acquisita nel corso delle ispezioni, sia dalle dichiarazioni rese dai rappresentanti delle società nel corso delle audizioni emerge con chiarezza l'eccezionalità che ha caratterizzato la stagione di vaccinazione 2009/2010 rispetto agli anni precedenti, con forti incrementi di vendite previsti da tutte le società, in alcuni casi di più del 100% rispetto alla stagione precedente<sup>16</sup>.

24. Le cause del forte aumento delle vendite di vaccino antinfluenzale sono ascrivibili principalmente alle pressioni dal lato della domanda, dovute ad una maggiore sensibilità dell'opinione pubblica alle esigenze di vaccinazione antinfluenzale; infatti, a seguito della diffusione dell'influenza pandemica e della conseguente anticipazione, di circa un mese, della campagna di vaccinazione, si sono registrate una corrispondente anticipazione sia delle gare che dei tempi di consegna delle forniture richieste dalle ASL rispetto alle stagioni passate. Pertanto, si è osservato un aumento della dimensione complessiva del mercato del vaccino antinfluenzale "classico", stimabile per il 2009 in [0-10] milioni di dosi<sup>17</sup>.

25. A ciò deve aggiungersi che la decisione di Novartis di produrre prevalentemente - se non unicamente - il vaccino antipandemico ha prodotto una contrazione dell'offerta di vaccino antinfluenzale disponibile nel mercato, creando così ulteriori difficoltà per le imprese produttrici a soddisfare la crescente domanda.

---

<sup>12</sup> Cfr. doc. 2.157 cit.. La differenza con il prezzo medio europeo può spiegarsi in particolare con una regolazione più "aggressiva" e un più elevato potere contrattuale dal lato della domanda presenti in Italia.

<sup>13</sup> Cfr. docc. 2.157, 2.160 e 2.169 cit..

<sup>14</sup> Cfr. doc. 2.160 cit..

<sup>15</sup> Cfr. doc. 1.24 dell'indice del fascicolo e doc. 2.160 cit.

<sup>16</sup> Cfr. [doc. 2.164 dell'indice del fascicolo].

<sup>17</sup> Cfr. [docc. 1.42, 2.161 e 2.163 dell'indice del fascicolo].

**26.** Tali circostanze hanno comportato per le società farmaceutiche italiane la necessità di avanzare alle rispettive capogruppo richieste di forniture aggiuntive, nel corso della stagione, rispetto a quanto preventivato. Le eventuali dosi invendute in altri paesi europei sono state riallocate tra le società del gruppo e questo ha permesso alle imprese italiane di avere a disposizione dosi ulteriori rispetto allo stock iniziale da collocare nel mercato per fronteggiare, almeno in parte, la domanda inevasa. Ciò nonostante, alcune società (come ad esempio Solvay) non sono riuscite ad adempiere alla totalità degli obblighi di fornitura assunti con le amministrazioni appaltanti a seguito dell'aggiudicazione di una fornitura, incorrendo talvolta nelle sanzioni pecuniarie previste nei capitolati di gara in caso di mancata consegna del vaccino.

**27.** Dalla documentazione in atti emerge, infine, che, in conseguenza dell'esistenza nella stagione appena conclusa di un livello di domanda ben al di sopra dell'offerta disponibile nel mercato, le gare bandite dalle amministrazioni sanitarie nella parte finale della stagione<sup>18</sup>, sono state caratterizzate dalla partecipazione di poche imprese, in alcuni casi anche una sola, in quanto molte società farmaceutiche avevano già completamente allocato - essendosi aggiudicate gare precedenti - la quantità di vaccino a propria disposizione per la stagione in corso.

Tale circostanza ha influito sulla dinamica del prezzo di aggiudicazione delle gare nella campagna 2009/2010: in primo luogo, la documentazione acquisita testimonia l'esistenza di una rilevante variabilità dei prezzi di offerta degli operatori nelle gare bandite dalle ASL nel corso della citata stagione, con particolare riferimento alle procedure espletate nella prima parte della stagione. In particolare, sulla base dei dati a disposizione, si osserva un valore minimo di aggiudicazione pari a 2,45 €/dose a fronte di un valore massimo di 4,90 €/dose<sup>19</sup>.

**28.** In secondo luogo, il prezzo medio di aggiudicazione delle gare - contrariamente alle stagioni precedenti, in particolare quella 2008/2009, caratterizzate da un eccesso di offerta sulla domanda - nella parte terminale dell'anno è risultato più alto del prezzo di aggiudicazione delle gare espletate prima dell'estate. Più precisamente, dalla documentazione agli atti si evince che il prezzo medio di aggiudicazione delle gare espletate prima del mese di settembre 2009 risulta pari a circa 3,50 €/dose, a fronte di un prezzo medio di aggiudicazione nelle gare della parte terminale della stagione di circa 3,80 €/dose<sup>20</sup>.

#### **e) La vicenda delle gare di Alessandria**

**29.** La ASL AL ha bandito la gara per la fornitura di vaccino antinfluenzale nella parte terminale della stagione 2009/2010 - segnatamente alla fine del mese di settembre - per un quantitativo pari a 96.000 dosi, con un prezzo a base d'asta di 1 €/dose (IVA esclusa). Tale livello di prezzo era stato fissato dalla ASL piemontese con riferimento al prezzo di aggiudicazione della gara dell'anno precedente formulato da Kedrion<sup>21</sup>.

**30.** Dalla documentazione acquisita emerge che la ASL ha invitato a partecipare alla procedura nove imprese; tuttavia, solo due imprese - Solvay e Sanofi - hanno deciso di presentare la propria offerta. Tali offerte, peraltro, sono risultate ben al di sopra del prezzo a base d'asta, essendo l'una,

<sup>18</sup> Più precisamente, nei mesi di settembre-ottobre, a ridosso dell'inizio della campagna di vaccinazione.

<sup>19</sup> Un'indicazione della variabilità dei prezzi di aggiudicazione è fornita dal coefficiente di variazione - definito come il rapporto tra la media e la deviazione standard - pari, in questo caso, a circa il 13%. Elaborazioni su dati agli atti del fascicolo. [Cfr., al riguardo, docc. 1.126-1.132 dell'indice del fascicolo.]

<sup>20</sup> Elaborazioni su dati agli atti del fascicolo. Cfr., al riguardo, docc. 1.126-1.132 cit..

<sup>21</sup> Cfr. doc. 1.25 dell'indice del fascicolo.

quella di Solvay, pari a 3,17 €/dose (IVA esclusa) e l'altra, quella di Sanofi, pari a 2,99 €/dose (sempre IVA esclusa).

Per tale ragione, dopo aver dichiarato la gara non aggiudicata, la ASL AL ha proceduto - a distanza di una settimana dalla prima procedura - a convocare nuovamente le nove imprese per una seconda gara in cui il prezzo di riferimento per il lotto n. 1 veniva innalzato a 3,07 €/dose.

Alla nuova procedura ha preso parte solamente Sanofi, presentando un'offerta pari a 3,05 €/dose, inferiore, quindi, al nuovo prezzo a base d'asta ma superiore di 6 cent/dose rispetto all'offerta della stessa società in occasione della prima gara della ASL AL.

La ASL AL ha, quindi, dapprima aggiudicato la gara a Sanofi al prezzo offerto per poi richiedere ed ottenere dalla stessa una riduzione del prezzo di fornitura a 2,99 €/dose (il prezzo offerto da Sanofi nella prima gara)<sup>22</sup>.

**31.** In merito al prezzo di riferimento indicato dalla ASL AL nella prima delle due procedure, espletata il 21 settembre 2009, sia i documenti ispettivi, sia le affermazioni rese in sede di audizione evidenziano l'anomalia di tale livello di prezzo.

Esso, infatti, era stato fissato dall'Amministrazione con riferimento al prezzo di aggiudicazione della gara bandita dalla stessa ASL nella campagna di vaccinazione 2008/2009<sup>23</sup>, quando il mercato era caratterizzato da un eccesso di offerta che aveva portato, sul finire della campagna di vaccinazione, alcune imprese a proporre forniture a prezzi ben più bassi dei prezzi di riferimento indicati, così da smaltire la produzione in eccedenza<sup>24</sup>.

Essendo cambiate radicalmente, nella stagione 2009/2010, le condizioni di mercato caratterizzate ora da un eccesso di domanda da parte delle ASL rispetto all'offerta di vaccino garantita dalle imprese attive nel mercato, il prezzo di 1 €/dose indicato dalla ASL AL nella prima gara risultava di gran lunga inferiore a quello medio realizzatosi nelle gare della stagione 2009/2010, pari a circa 3,70 €/dose.

**32.** Peraltro, dalla documentazione reperita in ispezione e dalle informazioni fornite dalle Parti nel corso del procedimento, emerge che il prezzo proposto da Sanofi in occasione della prima procedura indetta da Alessandria - 2,99 €/dose - benché superiore al prezzo a base d'asta, risultava comunque inferiore a quelli con cui la società si era aggiudicata alcune gare bandite in precedenza e uguale a quello con cui Sanofi era subentrata in Toscana per la fornitura di circa 500.000 dosi.

Infatti, dalle evidenze in atti, risulta che Sanofi si era aggiudicata nel mese di luglio la fornitura di 233 mila dosi bandita dalla ASL di Bergamo al prezzo di 3,75 €/dose, la fornitura della regione Lazio di più di un milione di dosi ad un prezzo di 3,25 €/dose, nonché quella della ASL Torino 3 per 110 mila dosi ad un prezzo di 3,99 €/dose<sup>25</sup>.

Parimenti, il prezzo di offerta di Solvay alla prima gara della ASL AL - 3,17 €/dose - era inferiore al prezzo medio realizzato nella stagione 2009/2010 dalla stessa società sul mercato italiano per la vendita del proprio prodotto (Influvac), pari a [0-10] €/dose<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Cfr., al riguardo, doc. 1.1 dell'indice del fascicolo e doc. 2.160 cit..

<sup>23</sup> Rileva notare che nella stagione 2008/2009 la ASL AL aveva bandito la gara per la fornitura di vaccino antinfluenzale in associazione con le ASL di Torino 4 e di Asti.

<sup>24</sup> Come risulta dagli atti del procedimento, infatti, il prezzo a base d'asta indicato dalla ASL AL, in occasione della gara 2008/2009, risultava pari a 4,129 €/dose. Cfr. doc. 1.120 dell'indice del fascicolo e doc. 1.25 cit..

<sup>25</sup> Elaborazioni su dati reperiti in ispezione e forniti dalle Parti.

<sup>26</sup> Cfr., al riguardo, docc. 1.126-1.132 e 2.161 cit..

## V. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

**33.** Le Parti, sia in sede di audizione che di memorie difensive, hanno affrontato le principali tematiche oggetto del procedimento.

In particolare, le osservazioni presentate possono essere ricondotte ad argomentazioni concernenti: *i)* l'eccezionalità delle vendite nella stagione 2009/2010; *ii)* le vicende relative alla gara della ASL AL.

### 1) *Le argomentazioni di Sanofi*

**34.** In primo luogo, Sanofi ha dichiarato di aver seguito la strategia di partecipare al maggior numero di gare indette nel territorio italiano al fine sia di “segnalare” ai *competitors* la propria presenza forte e continua sul mercato, sia di conquistare il ruolo di operatore *leader* in precedenza detenuto da Novartis<sup>27</sup>. Ciò in considerazione delle peculiarità manifestatesi nella stagione 2009/2010, ovvero il forte incremento della domanda da parte delle ASL e la contemporanea rinuncia di Novartis a produrre tale tipologia di vaccino.

Grazie a tale strategia, Sanofi ha conquistato la *leadership* del mercato, con circa [0-10] milioni di dosi aggiudicate su un totale di circa [0-10] milioni di dosi messe a gara dalle amministrazioni, pari approssimativamente al [25-50%] del mercato. Rispetto allo scorso anno, Sanofi ha realizzato un incremento dell'offerta in volume di quasi il [30-65%] e un aumento, in termini di fatturato, di circa il [10-20%]<sup>28</sup>.

**35.** Inoltre, a dimostrazione del fatto di essere riuscita a collocare nel 2009 la quasi totalità del fabbisogno stimato ad inizio stagione, Sanofi ha dichiarato che la quantità di dosi rese dall'impresa italiana alla propria capogruppo alla fine della campagna 2009/2010 è stata pari a meno di [omissis: migliaia di] unità, a fronte di un quantitativo di resi negli anni precedenti pari a circa [omissis: migliaia di] dosi nel 2008 e a quasi [omissis: migliaia di] unità nel 2007<sup>29</sup>.

**36.** Con riferimento alla gara di Alessandria, Sanofi ha rilevato che il prezzo proposto in occasione della prima procedura doveva essere inteso come “*un segnale di interesse rivolto alla stazione appaltante ad aggiudicarsi la fornitura*”<sup>30</sup>.

Alla seconda gara, avendo la ASL innalzato il prezzo a basa d'asta a 3,07 €/dose, Sanofi ha invece deciso di aumentare il prezzo offerto (da 2,99 €/dose a 3,05 €/dose), rimanendo comunque sotto il nuovo prezzo di base, tanto da riuscire ad aggiudicarsi la gara.

### 2) *Le argomentazioni di Solvay*

**37.** Solvay ha dichiarato che nella stagione 2009/2010, in linea con l'andamento generale del settore, ha incrementato la vendita di vaccino antinfluenzale, passando - per la tipologia “classica” - da circa [250.000-600.000] dosi distribuite nel 2008 a circa [0,9-1,4] milioni di dosi della campagna di vaccinazione appena trascorsa, che rappresenta un record in questo mercato per la società<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. docc. 1.42 e 2.160 cit.

<sup>28</sup> Detta quota è destinata verosimilmente a crescere in quanto dalla documentazione in atti è emerso che Sanofi è impegnata in un accordo di fornitura del vaccino antinfluenzale a beneficio di Kedrion, la cui quota di mercato è risultata parimenti in crescita, essendo passata nel 2009 dal [10-20%] al [10-20%]. Cfr. docc. [2.164 e 2.169 cit.].

<sup>29</sup> Cfr. doc. 2.163 cit.

<sup>30</sup> Cfr. doc. 2.160 cit.

<sup>31</sup> Cfr. [doc. 2.157 cit.].

Più specificamente, nel 2009 Solvay ha destinato circa [0,9-1,4] milioni di dosi di Influxac alla commessa pubblica e il rimanente al canale *retail*.

**38.** Solvay ha affermato che, per quanto in parte attesa, la forte crescita della domanda di vaccino da parte delle amministrazioni sanitarie ha comportato - anche ad esito dell'inaspettata diminuzione della quantità offerta da Novartis di cui la società ha dichiarato di aver preso conoscenza solo a stagione in corso - la necessità di richiedere alla casa madre, nel corso del 2009, forniture aggiuntive. I quantitativi non sono stati, comunque, sufficienti a soddisfare gli ordini delle stazioni appaltanti nelle forniture aggiudicate: in particolare, a fronte di un totale di aggiudicazioni nella campagna di vaccinazione 2009/2010 di circa [0,9-1,4] milioni di dosi, oltre alle [0-100.000] dosi richieste da alcuni enti pubblici su base *spot* al di fuori dello svolgimento di gare ufficiali, Solvay Italia ha potuto procedere inizialmente solo alla fornitura di [0,9-1,4] milioni di dosi circa e si è vista costretta a cancellare (in alcuni casi pagando le relative penali) gli ordinativi relativi a circa [0-500.000] dosi<sup>32</sup>.

Solo nella fase finale della campagna di vaccinazione 2009/2010, [omissis].

A fronte di tale situazione è risultata ovviamente molto bassa la quantità di prodotto resa dalla società italiana alla capogruppo: alla fine della campagna 2009/2010 essa è stata di circa [0-50.000] dosi, molto inferiore ai livelli di circa [0-50.000] dosi registratisi nei due anni precedenti.

**39.** In merito alle vicende della gara bandita dalla ASL AL, Solvay ha rappresentato che la decisione di partecipare a tale gara, nonostante il basso prezzo indicato nel bando e la scarsa disponibilità di vaccino nei propri magazzini a quel punto della stagione, aveva l'obiettivo di conquistare quote di mercato lasciate libere da Novartis, concentratasi prevalentemente nel mercato del vaccino antipandemico.

**40.** Quanto al prezzo di offerta presentato in occasione della prima gara della ASL AL - 3,17 €/dose -, Solvay ha affermato che tale livello era coerente con quelli offerti dalla stessa società in gare per forniture di quantitativi analoghi nella campagna 2009/2010<sup>33</sup>.

La mancata offerta alla seconda gara indetta dalla stessa ASL la settimana successiva, in seguito dell'annullamento della prima procedura, era giustificata dalla circostanza che il prezzo massimo a base d'asta - benché aumentato da € 1 a € 3,07 rispetto alla prima gara - rimaneva comunque sempre significativamente inferiore al prezzo (€ 3,17) offerto nella prima gara da Solvay. Inoltre, nel periodo tra le due procedure indette dalla ASL AL Solvay stava comunque considerando di partecipare ad altre due gare in scadenza astrattamente più appetibili rispetto alla procedura di Alessandria, in quanto prive di un prezzo massimo a base d'asta<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> [Ibidem].

<sup>33</sup> [Ibidem].

<sup>34</sup> In particolare, si trattava della procedura negoziata bandita dalla ASL di Cuneo 1 per l'aggiudicazione di 80.000 dosi (in scadenza il 25 settembre) e la procedura aperta indetta dalla ASL di Torino 4 avente ad oggetto 90.000 dosi di fornitura (in scadenza il 28 settembre), entrambe caratterizzate dall'assenza di un prezzo massimo a base d'asta, a differenza della seconda gara di Alessandria in cui il prezzo massimo base era stato fissato, come detto, a € 3,07. La documentazione, peraltro, testimonia che Solvay si è aggiudicata l'appalto per entrambe le gare ad prezzo per dose ben più redditizio rispetto al prezzo base di Alessandria (4 €/dose nella gara di Cuneo 1 e 3,98 €/dose per quella di Torino 4) e per un numero doppio di dosi (la fornitura di Cuneo 1 era per 80 mila dosi annue, quella di Torino 4 per 90 mila). Cfr. [docc. 1.17 e 2.169 cit.].

## VI. VALUTAZIONI

### 1) *Premessa*

**41.** L'istruttoria è stata avviata al fine di verificare la sussistenza di comportamenti restrittivi della concorrenza, *sub specie* di intese in violazione dell'art. 2 della l. 287/90 o dell'art. 101 del TFUE, adottati dalle società Solvay e Sanofi e consistenti in un'alterazione delle dinamiche competitive nell'ambito della gara indetta dalla ASL di Alessandria. In particolare, ci si riferisce alla possibilità che gli esiti della citata procedura ad evidenza pubblica rappresentassero il frutto di un'intesa posta in essere dalle società Solvay e Sanofi, finalizzata ad una spartizione del mercato non solo a livello locale, ma anche a livello nazionale.

### 2) *L'assenza della prova dell'accordo*

**42.** Dalla documentazione raccolta nel corso dell'istruttoria e richiamata nella parte in fatto non sembrano emergere elementi sufficienti a confermare le preoccupazioni di natura concorrenziale esplicitate nel provvedimento di avvio. Infatti, l'analisi degli elementi illustrati non fornisce evidenze che rivelino la sussistenza di una strategia comune - realizzata in forma di accordo e/o di pratica concordata tra le Parti del procedimento - né in merito alla gara di Alessandria, né, più in generale, in merito ad altre gare indette da altre amministrazioni per la fornitura di vaccino relativamente alla campagna 2009/2010.

Nessun documento agli atti testimonia la sussistenza di contatti tra Sanofi e Solvay al fine di concordare la strategia da adottare nell'ambito della gara di Alessandria, né di accordi tra i citati operatori volti ad una ripartizione delle gare per la fornitura di vaccini bandite dalle ASL sull'intero territorio nazionale.

### 3) *La mancanza del parallelismo di comportamenti*

**43.** In assenza della prova di un accordo, in ragione anche della "*rarietà dell'acquisizione di una prova piena*"<sup>35</sup> - essendo le imprese sempre più consapevoli delle violazioni della normativa antitrust e delle conseguenti sanzioni -, si è proceduto ad una verifica delle circostanze che hanno condotto alla situazione osservata, al fine di verificare se essa rappresentasse il frutto di una pratica concordata.

**44.** Si ricorda che, in base al consolidato orientamento comunitario, la pratica concordata "*corrisponde ad una forma di coordinamento tra imprese che, senza essere stata spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza*"<sup>36</sup>.

La stessa prassi comunitaria in materia ha, inoltre, chiarito che una pratica concordata assume natura restrittiva quando "*fra gli operatori stessi abbiano luogo contatti diretti o indiretti, che possano influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente attuale o potenziale, o rivelare a tale concorrente la condotta che essi hanno deciso o intendono seguire sul mercato*".

<sup>35</sup> Cfr., al riguardo, sentenza del TAR del Lazio n. 6213/08 depositata in data 26 giugno 2008 A372 - *MERCATO DEL CALCESTRUZZO CELLULARE AUTOCLAVATO*; sentenza del TAR del Lazio n. 2312/08 depositata in data 13 marzo 2008, I649 - *PRODUTTORI DI PANNELLI TRUCIOLARI IN LEGNO*; sentenza del Consiglio di Stato n. 102/08 depositata in data 17 gennaio 2008 I623 - *PREZZI DEL LATTE PER L'INFANZIA*.

<sup>36</sup> Al riguardo cfr., ex multis, sentenza della Corte di Giustizia CE, cause riunite 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, del 16 dicembre 1975, Suiker Unie.

quando tali contatti abbiano lo scopo o l'effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato di cui trattasi"<sup>37</sup>.

45. Quanto alla prova circa la sussistenza di una pratica concordata, vale rammentare che - secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale nazionale e comunitario - il "*parallelismo di comportamenti può essere considerato prova di una concertazione soltanto qualora la concertazione ne costituisca l'unica spiegazione plausibile*", ciò che rende necessario accertare se detto parallelismo "*non possa, tenuto conto della natura dei prodotti, dell'entità e del numero delle imprese e del volume del mercato, spiegarsi altrimenti che con la concertazione*"<sup>38</sup>.

46. Nel caso in esame si osserva che, con riferimento alla determinazione dei prezzi di offerta nelle gare bandite dalle ASL sull'intero territorio nazionale nel corso della stagione 2009/2010, dalle risultanze istruttorie non sembrano emergere indizi sufficienti a dimostrare l'esistenza del presupposto della pratica concordata - ovvero il parallelismo di comportamenti. Ciò in quanto dalla documentazione acquisita emerge l'esistenza di una rilevante variabilità dei prezzi degli operatori, circostanza questa che sembra escludere la sussistenza di una concertazione tra le Parti del procedimento e, più in generale, tra i maggiori operatori del settore finalizzato alla ripartizione del mercato e alla stabilità delle quote nel tempo<sup>39</sup>.

47. Parimenti, anche in merito alla possibile sussistenza di un parallelismo tra Sanofi e Solvay in relazione alla partecipazione alla gara bandita dalla ASL AL, le evidenze raccolte non appaiono sufficienti a comprovare il presupposto della pratica concordata. Infatti, esse sembrano suggerire una ricostruzione degli eventi diversa rispetto a quanto ipotizzato nel provvedimento di avvio, come verrà nel seguito illustrato.

#### **4) L'esistenza di spiegazioni alternative sulle vicende della gara della ASLAL**

48. La presunta "anomalia" dei comportamenti posti in essere da Sanofi e Solvay in occasione della gara della ASL AL sembra trovare valide spiegazioni alternative, difficilmente controvertibili, circostanza questa che, in conformità agli orientamenti della giurisprudenza comunitaria, permette di escludere la sussistenza di una pratica concordata.

49. In primo luogo, come evidenziato nella parte in fatto, la scelta della ASL piemontese di assumere come prezzo a base d'asta per la gara del 2009 il prezzo di aggiudicazione della gara del 2008 non aveva tenuto in debito conto le specificità delle condizioni di mercato in cui tale gara si era svolta, caratterizzate da un eccesso di offerta rispetto alla domanda. Si ricorda, infatti, che nel 2008 il prezzo di aggiudicazione offerto da Kedrion era risultato notevolmente al di sotto di quello

<sup>37</sup> Cfr., al riguardo, decisione della Commissione CE, del 27 luglio 1994, IV/31.865 PVC.

<sup>38</sup> Cfr. *ex multis*, sentenza della Corte di Giustizia CE, cause riunite C-89/85, del 31 marzo 1993, *Ahlstrom Osakeyhtio e altri/Commissione*. Parimenti, sul punto la giurisprudenza amministrativa ha rilevato che "in assenza di ulteriori elementi di riscontro, quali indizi gravi, precisi e concordanti, invece, il parallelismo può essere considerato di per sé sintomatico di una condotta illecita sul versante soggettivo solo ove non sia configurabile una spiegazione alternativa capace di inquadrare le condotte parallele come razionali ed autonome scelte imprenditoriali, fisiologicamente condizionate dalla previsione dell'altrui possibile risposta ad un'iniziativa differenziatrice" (cfr. sentenza del TAR del Lazio, n. 6213/08, cit. e sentenza del Consiglio di Stato, n. 102/08, cit.) e che "un parallelismo consapevole delle condotte tenute da imprese, di per sé lecito, può essere considerato come frutto di un'intesa anticoncorrenziale, ove emergano indizi gravi, precisi e concordanti rappresentati, alternativamente o cumulativamente: a) dall'impossibilità di spiegare alternativamente la condotta parallela come frutto plausibile delle iniziative imprenditoriali (onere a carico dell'Autorità); b) dalla presenza di elementi di riscontro (quali contatti e scambi di informazioni) rivelatori di una concertazione e di una collaborazione anomala (l'onere probatorio contrario viene spostato in capo alle imprese)" (cfr. sentenza del Consiglio di Stato, n. 597/08 depositata in data 20 febbraio 2008 1641 - *RIFORMIMENTI AEROPORTUALI*).

<sup>39</sup> Cfr. par. 27.

indicato dalla stazione appaltante nel bando di gara, pari a 4,129 €/dose. In quella specifica circostanza, infatti, la società aggiudicataria aveva preferito offrire il vaccino ad un prezzo particolarmente basso, avendo a disposizione molte dosi di vaccino ancora invendute, che avrebbero potuto essere difficilmente allocabili nelle poche gare ancora da svolgere nella parte terminale della stagione<sup>40</sup>.

**50.** Viceversa, la campagna vaccinatoria 2009/2010 è stata caratterizzata da condizioni di mercato radicalmente diverse rispetto a quelle prevalenti nella stagione precedente; ciò in quanto la stagione appena conclusa ha registrato un eccesso di domanda in ragione di una maggiore sensibilità dell'opinione pubblica alla necessità di vaccinarsi.

In questo contesto, il prezzo di 1 €/dose rappresentava un livello di base d'asta molto basso e, comunque, non in linea con i prezzi realizzatisi nelle gare aggiudicate nel corso della stagione stessa. In altri termini, la gara indetta dalla ASL AL non è stata ritenuta profittevole da quasi tutte le imprese del settore: essa, infatti, aveva ad oggetto una fornitura pari o in alcuni casi inferiore a quella richiesta da altre ASL nello stesso mese di settembre o poco dopo (come ad esempio, i lotti della regione Emilia Romagna, della ASL di Cuneo 1 e di quella di Torino 4) e peraltro ad un prezzo di base ben al di sotto di quello medio della stagione 2009/2010<sup>41</sup>.

**51.** In altre parole, l'eventuale aggiudicazione ad 1 €/dose della fornitura di Alessandria non poteva essere ritenuta dalle imprese attive nel mercato conveniente né in relazione ai costi di produzione del vaccino, né, tanto meno, in relazione all'andamento dei prezzi di aggiudicazione delle gare del 2009.

Ciò spiega perché alcune società hanno deciso di non prendere parte - benché invitate dalla ASL AL - alla gara, ovvero di presentare un'offerta ben al di sopra del prezzo posto dall'Amministrazione a base d'asta, com'è stato il caso di Solvay e Sanofi<sup>42</sup>.

**52.** Più specificamente, il comportamento tenuto da Sanofi nell'ambito delle due gare indette dalla ASL AL appare pienamente razionale e può essere riconducibile ad un'autonoma strategia imprenditoriale. Infatti, la decisione della società di partecipare alla gara in questione deve essere letta alla luce della strategia adottata nel mercato del vaccino antinfluenzale nella stagione 2009/2010 volta - a fronte della decisione di Novartis di non parteciparvi - a conquistare una quota rilevante del mercato fino a diventarne l'operatore *leader*. Come dimostrano i documenti agli atti, Sanofi ha deciso di partecipare alla quasi totalità delle gare bandite nel 2009, talora adottando una strategia di prezzo più aggressiva per aggiudicarsi la gara, altre volte semplicemente per affermare la propria posizione nel mercato rispetto agli operatori<sup>43</sup>.

**53.** In linea con la strategia perseguita, le evidenze testimoniano, invero, che il prezzo proposto da Sanofi in occasione della prima procedura indetta da Alessandria, benché superiore al prezzo a base d'asta, era comunque inferiore a quelli di aggiudicazione da parte della stessa società in alcune gare precedenti. Parimenti, in occasione della seconda gara, avendo la ASL innalzato il prezzo a base d'asta ed avendo Solvay offerto un prezzo superiore a tale livello in occasione della

---

<sup>40</sup> Cfr. par. 31.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> Cfr. doc. 1.55 dell'indice del fascicolo.

<sup>43</sup> Cfr. parr. 34-35.

prima procedura, Sanofi si è limitata ad aumentare la propria offerta, appena al di sotto del nuovo prezzo di riferimento<sup>44</sup>.

**54.** Parimenti, anche la strategia seguita da Solvay in occasione della gara indetta dalla ASL AL, sebbene possa sembrare, *prima facie*, meno coerente - avendo la società deciso di non partecipare alla seconda procedura indetta ad una sola settimana dalla prima benché il prezzo a base d'asta fosse stato aumentato -, può essere riconducibile ad un'autonoma scelta imprenditoriale<sup>45</sup>.

Infatti, come emerge dalla documentazione richiamata, le giustificazioni offerte da Solvay appaiono ragionevoli per due ordini di motivi. In primo luogo, l'offerta presentata dalla società una settimana prima (3,17 €/dose) rimaneva comunque superiore al nuovo prezzo di riferimento (3,07 €/dose), [omissis].

**55.** In secondo luogo, come confermato dai dati acquisiti agli atti, lo *stock* di vaccini a disposizione di Solvay era, in quella fase della stagione, quasi esaurito. La società, quindi, non era in grado di partecipare a tutte le ultime gare della stagione ed era costretta, al contrario, a concentrarsi sulle competizioni potenzialmente più profittevoli. E difatti, a seguito dell'annullamento della prima gara di Alessandria, Solvay ha preferito non partecipare alla seconda gara, e, piuttosto, presentare offerte ad altre due gare (indette dalle ASL di Cuneo 1 e di Torino 4 in quella stessa settimana, peraltro poi aggiudicandosele) più convenienti nel rapporto tra prezzo di offerta e quantità di vaccino messe all'asta, attenuando in tal modo il rischio di non essere in grado di soddisfare tutte le eventuali forniture aggiudicate<sup>46</sup>.

**56.** In conclusione, le strategie complessivamente seguite da Sanofi e Solvay nell'ambito della gara oggetto di contestazione non appaiono costituire il frutto di una concertazione a fini spartitori né a livello locale né a livello nazionale. Infatti, con particolare riferimento alla gara bandita dalla ASL AL, le evidenze illustrate testimoniano che la condotta di Sanofi può trovare giustificazione nella volontà dell'operatore di aggiudicarsi la citata fornitura; parimenti, la mancata partecipazione di Solvay alla seconda gara di Alessandria può trovare una sua valida spiegazione nella circostanza che tale operatore aveva quasi del tutto esaurito le quantità di vaccino a propria disposizione - né sarebbe stato possibile, date le caratteristiche del processo produttivo illustrate, richiedere a quel punto della stagione quantità aggiuntive alla casa madre - e pertanto non avrebbe potuto partecipare a tutte le gare indette nella parte terminale della campagna di vaccinazione 2009/2010. Inoltre, le evidenze raccolte non permettono di ritenere sussistente una concertazione tra le Parti della procedura anche in ambito nazionale; ciò in quanto si registra una rilevante variabilità dei prezzi di offerta degli operatori nelle gare bandite dalle ASL sul territorio nazionale e non vi è traccia di un accordo finalizzato alla spartizione del mercato nazionale.

In altri termini, ciascuno dei due operatori sembra aver agito secondo logiche squisitamente imprenditoriali, assumendo condotte autonome dettate dallo specifico contesto di mercato, dalle caratteristiche del prodotto e del suo processo produttivo, nonché dalle proprie strategie commerciali.

RITENUTO, pertanto, che le informazioni acquisite non hanno fatto emergere elementi idonei a comprovare la sussistenza di intese, nella forma di accordi o di pratiche concordate tra le società Solvay Pharma e Sanofi Pasteur, volte a restringere o alterare il gioco della concorrenza nel

---

<sup>44</sup> Cfr. par. 36.

<sup>45</sup> Cfr. parr. 39-40.

<sup>46</sup> Cfr. par. 40.

mercato della fornitura di vaccini antinfluenzali, né in relazione alla gara bandita dalla ASL AL della regione Piemonte, né in altre regioni del territorio italiano;

#### DELIBERA

che, in base alle informazioni disponibili, non sussistono le condizioni per accertare che le società Solvay Pharma S.p.A. e Sanofi Pasteur MSD S.p.A., abbiano posto in essere un'intesa in violazione dell'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, nel mercato della fornitura di vaccini antinfluenzali sull'intero territorio nazionale.

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

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera *b*), del Codice del processo amministrativo (decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro 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  
*Luigi Fiorentino*

IL PRESIDENTE  
*Antonio Catricalà*

---

**I733 - SERVIZI DI AGENZIA MARITTIMA***Provvedimento n. 21678*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 ottobre 2010;

SENTITO il Relatore Professor Piero Barucci;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO l'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (di seguito, TFUE);

VISTO l'articolo 54 della legge 6 febbraio 1996, n. 52;

VISTO il Regolamento n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002;

VISTO il proprio provvedimento del 26 maggio 2010, con il quale è stata avviata un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, per presunta violazione dell'articolo 81 del Trattato CE (ora articolo 101 del TFUE), nei confronti delle società Agenzia Marittima Le Navi S.p.A., APL Italia Agencies S.r.l., Banchemo Costa & C. Agenzia Marittima S.p.A., China Shipping Italy Agency Co. S.r.l., CMA CGM Italia S.r.l., Coscon Italy S.r.l., Gastaldi & C. S.p.A., Hapag Lloyd Italy S.r.l., K-Line Italia S.r.l., Maersk Italia S.p.A., Medov S.r.l., Safmarine Italia S.r.l., Paolo Scerni S.p.A., Yang Ming Italy S.p.A., Zim Italia S.r.l., nonché dell'Associazione Agenti Raccomandatori Mediatori Marittimi Agenti Aerei di Genova e dell'Associazione Spedizionieri Corrieri e Trasportatori di Genova, al fine di accertare l'eventuale esistenza di un'intesa volta ad alterare le dinamiche competitive nel mercato dei servizi di agenzia marittima attraverso un coordinamento delle strategie commerciali ed, in particolare, delle politiche di prezzo;

VISTA la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO che dalla suddetta documentazione emerge che, a partire dal 1° marzo 2008, l'intesa riguarda non solo i corrispettivi per i servizi agenziali resi dagli agenti marittimi agli spedizionieri (*ex* diritti fissi), ma anche il c.d. "sconto di fidelizzazione", pari a 4 euro - da corrispondere alla casa di spedizione - applicabile sia sulla documentazione import che su quella export;

RITENUTO, pertanto, necessario estendere oggettivamente l'istruttoria alle ulteriori attività di coordinamento delle politiche commerciali relative al cd "sconto di fidelizzazione" da praticare agli spedizionieri;

**DELIBERA**

a) di estendere il procedimento avviato in data 26 maggio 2010 alle condotte relative al c.d. "sconto di fidelizzazione";

b) che il responsabile del procedimento è la Dott.ssa Chiara de Mari;

c) la fissazione del termine di giorni trenta, decorrente dalla data di notificazione del presente provvedimento, per l'esercizio, da parte dei rappresentanti legali dei predetti soggetti, ovvero di

persone da essi delegate, del diritto di essere sentiti, precisando che la richiesta di audizione dovrà pervenire alla Direzione Agroalimentare e Trasporti della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità almeno sette giorni prima della scadenza del termine sopra indicato;

d) che gli atti del procedimento possono essere presi in visione dalle società nei cui confronti si svolge l'istruttoria, ovvero da persone da esse delegate, presso la Direzione Agroalimentare e Trasporti della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità.

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

IL SEGRETARIO GENERALE  
*Luigi Fiorentino*

IL PRESIDENTE  
*Antonio Catricalà*

---

## OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE

### **C10653 - EUROSPIN LAZIO/15 RAMI DI AZIENDA**

*Provvedimento n. 21724*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 ottobre 2010;

SENTITO il Relatore Professore Carla Bedogni Rabitti;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO, in particolare, l'articolo 19, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, ai sensi del quale, nel caso in cui le imprese non abbiano ottemperato agli obblighi di comunicazione preventiva di cui al comma 1 dell'articolo 16 della medesima legge, l'Autorità può infliggere loro sanzioni amministrative pecuniarie fino all'1% del fatturato dell'anno precedente a quello in cui è effettuata la contestazione;

VISTA la legge 24 novembre 1981 n. 689 e, in particolare, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II;

VISTA la comunicazione della società EUROSPIN LAZIO S.p.A., pervenuta in data 7 luglio 2010;

VISTO il proprio provvedimento del 14 luglio 2010, con il quale è stato avviato nei confronti della società EUROSPIN LAZIO S.p.A., relativamente ad una serie di operazioni di concentrazione da essa realizzate negli anni 2005-2009, un procedimento per l'eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria di cui all'articolo 19, comma 2, della legge n. 287/90, prevista per l'inottemperanza all'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione, disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge;

VISTA la memoria presentata dalla società EUROSPIN LAZIO S.p.A., pervenuta in data 18 agosto 2010;

VISTA la propria richiesta di informazioni, inviata in data 16 settembre 2010;

VISTE le ulteriori informazioni fornite dalla società EUROSPIN LAZIO S.p.A., pervenute in data 29, 30 settembre e 5 ottobre 2010;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

### **I. LE PARTI**

**1.** Eurospin Lazio S.p.A. (di seguito, EUROSPIN LAZIO) è una società operante nella distribuzione moderna di prodotti alimentari e di altri prodotti di largo e generale consumo con la formula *discount*.

EUROSPIN LAZIO, appartenente al gruppo EUROSPIN (di seguito EUROSPIN), è controllata - ed era parimenti controllata al momento della realizzazione delle operazioni più avanti descritte - da EUROSPIN ITALIA S.p.A. (di seguito, EUROSPIN ITALIA).

2. Negli anni dal 2005 al 2009, in Italia, EUROSPIN ITALIA ha realizzato i fatturati indicati nella tabella n. 1.

Tab. n. 1 - Fatturato di EUROSPIN ITALIA per vendite in Italia (in miliardi di euro)

2005	2006	2007	2008	2009
1,4	1,6	1,9	2,2	2,5

3. Oggetto di acquisizione da parte di EUROSPIN LAZIO, nel periodo luglio 2005-maggio 2009, sono stati 15 rami d'azienda, appartenenti a varie società e ditte individuali, tutti dotati di relativa autorizzazione commerciale.

La localizzazione e la metratura dei rami d'azienda di cui trattasi è riportata nella tabella n. 2. Di seguito sono illustrate le caratteristiche principali delle acquisizioni oggetto del presente provvedimento.

## II. LA DESCRIZIONE DELLE OPERAZIONI

4. Negli anni 2005-2009, anteriormente alla suddetta comunicazione inviata all'Autorità in data 7 luglio 2010, EUROSPIN LAZIO ha acquistato, da venditori distinti e con contratti separati, i quindici rami d'azienda descritti nella tabella n. 2, costituiti da altrettanti punti vendita. In relazione ai rami d'azienda oggetto di acquisizione, EUROSPIN LAZIO ha richiesto la voltura delle relative autorizzazioni amministrative intestate ai precedenti proprietari ovvero, nei casi indicati, ha richiesto l'accorpamento delle relative autorizzazioni per aprire un punto vendita con marchio "*Eurospin*" di maggiori dimensioni o per ampliarne uno già esistente.

Complessivamente, per il tramite delle operazioni descritte, EUROSPIN LAZIO ha richiesto l'autorizzazione all'ampliamento o all'apertura di 11 esercizi commerciali attivi nel settore della distribuzione moderna di prodotti alimentari e non alimentari.

Tab. n. 2 – Prospetto delle operazioni comunicate

P. vendita oggetto di acquisizione	P. vendita aperto da EUROSPIN	N. rami d'azienda	Società cedente	Data contratto	Mq	Ampliamento da.../o apertura (m2) + data
1) Fondi (LT) via Appia km 118,50	Fondi (LT) via Appia km 118,50	1	Ortofrutticola Stravato S.r.l.	registrato il 4/7/05	990	990 21/7/05
2) Roma via V. Locchi 29	Roma via Enea n. 90	1	Bianchi Giacomo S.n.c.	registrato il 27/7/05	102	ampliamento da 400 a 552
3) Roma P.za Vicinale 26	Roma via Enea n. 90	1	DAVOS 95 S.r.l.	registrato il 27/7/05	50	11/8/05
4) Ariano Arpino (AV) via Trave 78	Ariano Arpino (AV) via Serra	1	Cocca Raffaele ditta ind.	registrato il 8/11/05	<25 0	
5) Ariano Arpino (AV) via Cardito	Ariano Arpino (AV) via Serra	1	Scrima Giuseppe ditta ind.	registrato il 8/11/05	<25 0	Apertura per complessivi 1.000 30/11/06
6) Ariano Arpino (AV) via Cardito	Ariano Arpino (AV) via Serra	1	Cappelluzzo Concetta ditta ind.	registrato il 8/11/05	<25 0	
7) Ariano Arpino (AV) via Tribunali	Ariano Arpino (AV) via Serra	1	Blundo Maria ditta indiv.	registrato il 8/11/05	<25 0	
8) Roma via Portuense 500	Roma	1	Supermercati REPI S.r.l.	registrato 28/11/05	410	-----
9) Vasto (CH) via Tito Livio 1	Vasto (CH) via Tito Livio 1	1	NACO S.a.s.	Registrato 19/12/05	694	694 4/10/03
10) Colleferro (RM) via Fontana dell'Oste	Colleferro (RM) via Fontana dell'Oste	1	M.I.D.A.L. S.p.A.	registrato 11/10/06	779	779 25/1/07
11) Caserta via Carlo III n. 20	Caserta via Carlo III n. 20	1	F. Palesano & C. S.a.s.	registrato 12/12/07	1.0 97	1097 13/12/07
12) Atripalda (AV) C.da Nove Soldi	Atripalda (AV) C.da Nove Soldi	1	Maccario Melchiorre S.n.c.	registrato 12/12/06	1.1 00	1100 15/12/06
13) Latina s.s. Pontina km 80	Latina s.s. Pontina km 80	1	Favaretto Roberto ditta ind.	registrato 17/7/08	1.4 90	920 24/07/08
14) Anagni (FR) Strada Osteria della Fontana	Anagni (FR) Via Casilina km 67, n. 42	1	R.I. Salvi di Salvi e Giannetto S.n.c.	registrato 11/5/09	293	ampliamento da 600 a 893 26/11/09
15) Alatri (FR) via Chiappitto 20	Alatri (FR) Strada statale 155 angolo via Montesecco	1	Pluricommerce S.r.l.	registrato 11/5/09	520	trasferimento e ampliamento da 380 a 900 9/7/09

### III. LA QUALIFICAZIONE DELLE OPERAZIONI

#### III.1. La natura delle acquisizioni

5. Tutte le operazioni comunicate riguardano uno o più rami d'azienda comprensivi di licenze commerciali, le quali sono state successivamente utilizzate per l'ampliamento o l'apertura di punti vendita con marchio "Eurospin".

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, costituiscono concentrazioni le acquisizioni di imprese, o parti di imprese, comprensive della titolarità di licenze, autorizzazioni, concessioni o altri titoli legittimanti che consentano l'esercizio di attività economiche.

6. Secondo quanto chiarito nella sentenza del caso *Lidl*<sup>1</sup> e ribadito nel formulario relativo alle operazioni di concentrazione, non costituiscono concentrazioni le operazioni consistenti nell'acquisizione della "sola" licenza commerciale laddove si tratti di licenze commerciali per "esercizi di vicinato", essendo stato abolito, per l'esercizio di tale attività, l'obbligo di ottenere una licenza commerciale.<sup>2</sup>

7. Ciò premesso si osserva che, nella fattispecie in esame, 6 dei 15 rami di azienda riguardano licenze relative ad esercizi di vicinato (rami di azienda nn. 2, 3, 4, 5, 6 e 7)<sup>3</sup>.

Tuttavia, per le acquisizioni nn. 2 e 3 relative a punti vendita localizzati in Roma, si osserva, in primo luogo, che esse riguardano rami d'azienda comprensivi di licenze, avviamento commerciale e beni strumentali. Inoltre, i contratti di cessione non contengono alcuna specifica pattuizione che deroghi al divieto di concorrenza previsto dal codice civile a carico dell'alienante nel trasferimento di rami d'azienda (articolo n. 2557 c.c.). Pertanto, in assenza di tale previsione, la continuazione dell'attività di impresa oggetto della licenza commerciale ceduta risulta comunque impedita al cedente per un periodo di 5 anni dalla stipula del contratto stesso.

In relazione alle acquisizioni dei rami di azienda nn. 4, 5, 6 e 7, relative ai punti vendita localizzati ad Ariano Irpino (AV), si osserva che, oltre a comprendere licenze e avviamento, nei relativi contratti di acquisizione è espressamente previsto un patto di non concorrenza, in virtù del quale alle parti cedenti è fatto divieto di intraprendere un'attività concorrente a quella oggetto delle cessioni sia in nome proprio sia per interposta persona.

8. Alla luce di quanto esposto, tutte le operazioni comunicate hanno comportato l'acquisizione di parti di imprese, costituendo, pertanto, concentrazioni ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera b), della legge n. 287/90.

#### III.2. L'obbligo di comunicazione

9. Le operazioni descritte rientrano nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90, non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento CE n. 139/04, ed erano soggette all'obbligo di comunicazione preventiva disposto dall'articolo 16, comma 1, della medesima legge,

<sup>1</sup> Cfr. Consiglio di Stato, VI, 31 marzo 2009, n. 1894, *Lidl Italia/Rami di azienda*. Cfr. anche il formulario delle concentrazioni, sezione a), punto d), ove è evidenziato che "non si realizza una concentrazione nel caso in cui l'operazione consista nell'acquisizione della sola licenza commerciale, laddove non sia impedita al cedente la continuazione dell'attività di impresa oggetto della licenza commerciale ceduta, neppure in base a disposizioni di natura patrizia o disposizioni adottate da enti locali".

<sup>2</sup> Ai sensi del Decreto Legislativo n. 114/98, art. 4, comma 1, lettera d), per "esercizi di vicinato" si intendono "quelli aventi superficie di vendita non superiore a 150 m<sup>2</sup> nei comuni con popolazione residente inferiore a 10.000 abitanti e a 250 m<sup>2</sup> nei comuni con popolazione residente superiore a 10.000 abitanti".

<sup>3</sup> Si tratta di superfici di vendita inferiori ai 250 m<sup>2</sup>, in comuni, quali quello di Ariano Irpino (AV) e Roma, con popolazione residente superiore ai 10.000 abitanti.

in quanto il fatturato totale realizzato nell'ultimo esercizio a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate era superiore alla soglia di cui al citato articolo, vigente al momento della realizzazione delle operazioni stesse (461 milioni di euro dal luglio 2009, 448 milioni di euro dal giugno 2008, 440 milioni di euro dal giugno 2007, 432 milioni di euro dal giugno 2006; 421 milioni di euro dal giugno 2005; 411 milioni di euro dal giugno 2004).

### **III.3. L'interdipendenza funzionale**

**10.** Secondo quanto sostenuto dalla Parte nella memoria pervenuta in data 18 agosto 2010, considerato che i 15 rami d'azienda acquisiti sono stati utilizzati per richiedere l'ampliamento o l'apertura di 11 punti vendita, le acquisizioni darebbero luogo a 11 operazioni di concentrazione.

**11.** Tenuto conto dell'orientamento espresso dalla Commissione<sup>4</sup> in materia di controllo delle operazioni di concentrazione, diverse transazioni possono essere considerate come un'unica concentrazione nell'ipotesi in cui esse siano caratterizzate da interdipendenza funzionale, per cui l'una non verrebbe realizzata senza l'altra.

Al fine di valutare la sussistenza del carattere unitario di diverse operazioni, e quindi la loro reciproca interdipendenza, le operazioni stesse devono essere collegate tra loro con vincolo condizionale.

**12.** Secondo quanto indicato dalla Commissione, la sussistenza di un vincolo condizionale è generalmente dimostrata se le transazioni sono connesse sotto il profilo giuridico, ossia se i contratti sono collegati tra loro da un legame di condizionalità reciproca.

È possibile, inoltre, che sussista una "condizionalità di fatto", che deve tuttavia essere dimostrata attraverso una valutazione economica della circostanza che ciascuna delle operazioni dipenda, necessariamente, dalla conclusione delle altre.

Ulteriori indicazioni relative all'esistenza dell'interdipendenza possono essere individuate nelle dichiarazioni delle Parti o, anche, nella conclusione simultanea dei relativi accordi.

**13.** L'Autorità, nel formulario relativo alla comunicazione delle operazioni di concentrazione, ha esplicitamente richiamato i criteri forniti dalla Commissione in materia di concentrazioni, specificando altresì che nell'ipotesi in cui sia comunicato all'Autorità l'acquisto del controllo su diverse imprese o parti di impresa "*cedute da soggetti diversi o dallo stesso soggetto, si è in presenza di distinte operazioni di concentrazione, per ciascuna delle quali deve essere pertanto corrisposta la contribuzione [...], salvo il caso di operazioni legate tra loro da un vincolo di interdipendenza funzionale dimostrato dai soggetti notificanti*".<sup>5</sup>

**14.** Sulla base dei documenti forniti da EUROSPIN LAZIO, risulta che la stipula dei contratti e le richieste delle autorizzazioni all'accorpamento sono contestuali in relazione:

- i) alle acquisizioni dei rami di azienda nn. 4, 5, 6 e 7 - localizzati in Ariano Arpino (AV) - finalizzate all'apertura di un nuovo ed unico punto vendita localizzato in Ariano Arpino (AV), via Serra, dotato di una superficie di vendita autorizzata per complessivi 1.000 m<sup>2</sup>;
- ii) alle acquisizioni dei rami d'azienda nn. 2 e 3 - localizzati in Roma via V. Locchi 29 e piazza Vicinale 26, finalizzate all'ampliamento del punto vendita localizzato in Roma, via Enea 90, da 400 m<sup>2</sup> a 553 m<sup>2</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. "Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings" (the "Merger Regulation"), adottata in data 10 luglio 2007.

<sup>5</sup> Cfr. le "Istruzioni relative alle contribuzioni dovute, ai sensi dell'art. 10, comma 7bis, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, dalle imprese che notificano operazioni di concentrazione".

**15.** Infatti, i contratti di acquisizione dei rami di azienda nn. 4, 5, 6 e 7 sono stati tutti conclusi in data 8 novembre 2005, e la richiesta di autorizzazione al Comune competente per l'apertura di un nuovo e unico punto vendita localizzato in Ariano Arpino (AV), del 6 dicembre 2005, reca l'indicazione specifica degli estremi relativi alle quattro autorizzazioni relative ai quattro rami d'azienda citati e rilasciate in capo alle quattro ditte individuali cedenti.

Analogamente, la stipula di entrambi i contratti di acquisizione dei rami di azienda nn. 2 e 3, finalizzata all'ampliamento del punto vendita localizzato in Roma via Enea 90, è stata effettuata in data 27 luglio 2005. La relativa richiesta, intesa ad ottenere l'ampliamento della superficie di vendita della relativa autorizzazione amministrativa da 400 m<sup>2</sup> a 553 m<sup>2</sup>, è stata presentata al Comune di Roma in data 13 luglio 2006, e la determinazione dirigenziale è stata rilasciata dal medesimo Comune in data 4 dicembre 2006.

**16.** Pertanto, alla luce di quanto illustrato, si ritiene che la Parte comunicante abbia assolto al proprio onere di dimostrare l'interdipendenza funzionale delle operazioni che hanno dato luogo sia all'accorpamento delle licenze per l'apertura del punto vendita localizzato in Ariano Arpino (AV), via Serra, sia all'ampliamento del punto vendita localizzato in Roma, via Enea 90, da 400 m<sup>2</sup> a 553 m<sup>2</sup>.

**17.** Per tutte le altre acquisizioni dei rami d'azienda, localizzati rispettivamente in: Fondi (LT) via Appia km 118,50; Roma via Portuense 500; Vasto (CH) via Tito Livio 1; Colleferro (RM) via Fontana dell'Oste; Caserta via Carlo III n. 20; Atripalda (AV) C.da Nove Soldi; Latina s.s. Pontina km 80; Anagni (FR) Strada Osteria della Fontana; Alatri (FR) via Chiappitto 20, sulla base delle dichiarazioni fornite dalla Parte comunicante e della documentazione in atti, si osserva che ciascuna operazione va considerata come un'operazione di concentrazione a sé stante.

#### **IV. VIOLAZIONE DELL'OBBLIGO DI COMUNICAZIONE PREVENTIVA**

**18.** Le operazioni di cui trattasi non sono state oggetto di comunicazione preventiva a questa Autorità, la quale ne ha avuto conoscenza soltanto in data 7 luglio 2010, a seguito di comunicazione volontaria da parte di EUROSPIN LAZIO.

**19.** L'acquisizione del ramo d'azienda n. 1 di cui alla tabella n. 2, localizzato in Fondi (LT) via Appia km 118,50, è stata realizzata da EUROSPIN LAZIO in data 4 luglio 2005, e quindi oltre cinque anni prima della data di avvio del presente procedimento, deliberato il 14 luglio 2010.

Pertanto, in forza dell'articolo 28 della legge n. 689/81, riguardante la prescrizione in materia di sanzioni amministrative pecuniarie, in relazione all'omessa comunicazione di tale concentrazione non si procede all'irrogazione della sanzione.

#### **V. LE ARGOMENTAZIONI DI EUROSPIN LAZIO**

**20.** Nella memoria prodotta dalla Parte in data 18 agosto 2010 EUROSPIN LAZIO ha richiesto all'Autorità di non procedere all'irrogazione della sanzione pecuniaria o, in subordine, di applicare una sanzione simbolica in considerazione dei seguenti fattori: *i)* assenza di dolo; *ii)* erroneo convincimento che responsabilità della comunicazione fosse in capo a EUROSPIN ITALIA S.p.A., società controllante di EUROSPIN LAZIO; *iii)* carattere spontaneo della comunicazione; *iv)* assenza di effetti restrittivi; *v)* effetti pro-competitivi.

Le argomentazioni fornite a supporto di tale richiesta vengono sintetizzate qui di seguito.

### ***V.1. Le argomentazioni concernenti la ritardata comunicazione***

**21.** EUROSPIN LAZIO, nella memoria pervenuta in data 18 agosto 2010, ha fornito quale motivazione delle omesse comunicazioni preventive il convincimento, poi rivelatosi erroneo, che la responsabilità delle comunicazioni in merito alla preventiva comunicazione all’Autorità delle operazioni di concentrazione risultasse in capo a EUROSPIN ITALIA, società controllante di EUROSPIN LAZIO. Infatti, solo in seguito a comunicazioni intervenute nel maggio 2010 tra la società EUROSPIN ITALIA e la stessa EUROSPIN LAZIO in merito ai principali adempimenti connessi alla stipula di alcuni contratti *standard*, la Parte avrebbe compreso il proprio errore ed avrebbe quindi provveduto il prima possibile, seppur tardivamente, a comunicare le operazioni elencate nella tabella n. 2.

La Parte ha inoltre osservato che le altre società del gruppo EUROSPIN, quali Eurospin Puglia, Eurospin Tirrenica Eurospin Sicilia, Spesa Intelligente provvedono regolarmente ad effettuare le comunicazioni preventive all’Antitrust, a dimostrazione del fatto che la società controllante EUROSPIN ITALIA non avrebbe “*mai dato indicazioni alle società del Gruppo di sottrarsi al controllo preventivo di questa Autorità*”.

**22.** La spontaneità della comunicazione tardiva sarebbe indicativa, secondo la Parte, del fatto che la propria condotta omissiva non sia dipesa dalla volontà di sottrarsi al controllo preventivo dell’Autorità, ma da un errore involontario.

### ***V.2. Il modesto impatto concorrenziale delle operazioni***

**23.** Sulla base delle informazioni fornite dalla Parte, nessuna delle operazioni considerate avrebbe comportato significative variazioni dell’assetto concorrenziale esistente sui rispettivi mercati rilevanti: in tutti i confini provinciali interessati le operazioni avrebbero dato luogo a quote contenute e comunque a incrementi del tutto marginali.

**24.** Inoltre, secondo EUROSPIN LAZIO, le operazioni di concentrazione sarebbero state realizzate in mercati altamente frammentati, caratterizzati da un numero elevato di operatori concorrenti e da un’accesa competitività tra gli stessi.

### ***V.3. L’interdipendenza funzionale***

**25.** Nella memoria pervenuta in data 18 agosto 2010 EUROSPIN LAZIO ha sostenuto la necessità di considerare funzionalmente interconnesse le seguenti acquisizioni:

- i) l’acquisizione dei rami di azienda nn. 4, 5, 6 e 7 localizzati in Ariano Arpino (AV);
- ii) l’acquisizione dei rami d’azienda nn. 2 e 3 - localizzati in Roma via V. Locchi 29 e piazza Vicinale 26.

**26.** EUROSPIN LAZIO, in particolare, ha evidenziato di aver acquisito i quattro citati rami d’azienda, localizzati in Ariano Arpino, al fine di aprire un nuovo e unico punto vendita localizzato in Ariano Arpino (AV) via Serra, dotato di autorizzazione alla vendita per una superficie di 1.000 m<sup>2</sup> e di aver concluso il medesimo giorno, in data 8 novembre 2005, tutti i relativi contratti di acquisizione.

La Parte ha inoltre osservato di aver effettuato l’acquisizione dei rami d’azienda nn. 2 e 3 - localizzati in Roma via V. Locchi 29 e piazza Vicinale 26, onde conseguire l’ampliamento del punto vendita localizzato in Roma, via Enea 90, da 400 m<sup>2</sup> a 553 m<sup>2</sup> e di aver concluso il medesimo giorno, in data 27 luglio 2005, entrambi i contratti di acquisizione.

## **VI. VALUTAZIONI DELLE RISULTANZE ISTRUTTORIE IN RELAZIONE ALL'OMESSA COMUNICAZIONE DELLE OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE**

**27.** Dagli atti del procedimento risulta che tutte le operazioni di concentrazione descritte sono state realizzate in un momento precedente a quello in cui ne è stata data comunicazione, cosicché il menzionato obbligo di comunicazione preventiva è stato violato.

Relativamente all'individuazione del soggetto responsabile ex articolo 16 della legge n. 287/90, si osserva che incombendo l'obbligo di comunicazione preventiva in capo all'impresa che direttamente acquisisce il controllo<sup>6</sup>, la responsabilità della mancata comunicazione dell'operazione deve essere attribuita alla società EUROSPIN LAZIO.

### ***VI.1. Sull'elemento soggettivo dell'infrazione***

**28.** Con riguardo all'elemento soggettivo dell'infrazione, le circostanze accertate non hanno evidenziato elementi idonei a configurare una fattispecie di errore scusabile. Infatti, tale ipotesi può essere rinvenuta, come è noto, solo in presenza di inevitabilità dell'errore, dovuto all'impossibilità materiale di conoscere la fonte normativa, o di scusabilità dello stesso dovuta, ad esempio, alla presenza di un elemento positivo, estraneo all'autore, idoneo ad ingenerare l'incolpevole opinione di liceità del suo agire.

**29.** Nel caso di specie, tutte le operazioni di concentrazione sono state poste in essere quando la legge n. 287/90 era da tempo in vigore e non ne poteva essere ragionevolmente ignorata l'interpretazione datane dall'Autorità da parte di un operatore di considerevoli dimensioni, quale è EUROSPIN LAZIO. Peraltro, in alcuni precedenti occasioni, EUROSPIN LAZIO aveva proceduto a comunicare all'Autorità altre operazioni di concentrazione con caratteristiche analoghe, mostrandosi edotta delle previsioni di legge.

Inoltre - secondo quanto evidenziato dalla stessa Parte - le altre società appartenenti al medesimo gruppo EUROSPIN, a cui la stessa EUROSPIN LAZIO appartiene, hanno comunque proceduto in passato a comunicare formalmente all'Autorità altre operazioni di concentrazione aventi specificità del tutto analoghe a quelle del presente procedimento, in ottemperanza all'obbligo di cui all'art. 16, comma 1, della legge n. 287/90.

**30.** Alla luce di tali considerazioni, deve ritenersi applicabile l'articolo 3 della legge n. 689/81, che prevede la responsabilità per qualsiasi azione od omissione cosciente e volontaria, "*sia essa dolosa o colposa*".

### ***VI.2. Sull'elemento oggettivo dell'infrazione***

**31.** EUROSPIN LAZIO ha sottolineato come le operazioni di concentrazione tardivamente comunicate non appaiano idonee a determinare significativi mutamenti dell'assetto concorrenziale dei mercati interessati.

Al riguardo si osserva come qualsiasi considerazione in ordine agli effetti delle operazioni non possa comunque rilevare né ai fini dell'accertamento della violazione dell'obbligo di comunicazione preventiva, né ai fini dell'applicabilità della relativa sanzione, ma solo relativamente alla quantificazione di tale sanzione: infatti, le disposizioni di cui all'articolo 19, comma 2, della legge n. 287/90 sono state previste dal legislatore al fine di tutelare il rispetto delle

---

<sup>6</sup> In proposito, cfr. il Formulario predisposto dall'Autorità relativo alle "*Modalità per la comunicazione di un'operazione di concentrazione tra imprese*" (paragrafo D. 1).

competenze dell'Autorità in relazione al controllo delle concentrazioni, controllo consistente in attività di analisi e verifica necessariamente preventive che risultano, di conseguenza, irrimediabilmente eluse in caso di omessa comunicazione.

### ***VI.3. Irrogazione della sanzione e sua determinazione***

**32.** Verificata, alla luce di quanto sopra considerato, la violazione dell'articolo 19, comma 2, della legge n. 287/90, e la sua imputabilità in capo alla società EUROSPIN LAZIO, si ritiene di procedere all'irrogazione della sanzione.

A tal fine, l'articolo 11 della legge n. 689/81 dispone di fare riferimento, per la determinazione dell'ammenda, *“alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche”*.

**33.** Ai fini della valutazione della gravità dell'infrazione, rilevano innanzitutto gli effetti concorrenziali delle operazioni tardivamente comunicate: sulla base della valutazione svolta più avanti, tali effetti, non risultano pregiudizievoli per la concorrenza nei mercati rilevanti.

**34.** Da un punto di vista soggettivo occorre, invece, rilevare quanto segue:

i) EUROSPIN LAZIO ha posto in essere un numero elevato di omissioni in violazione del disposto dell'articolo 16, comma 1, della legge n. 287/90;

ii) la Parte non ha fornito sufficienti e validi elementi volti a giustificare le suddette omissioni;

iii) le omesse comunicazioni si riferiscono alla totalità delle operazioni realizzate da EUROSPIN LAZIO nell'arco di tempo considerato: esse hanno, pertanto, impedito all'Autorità il controllo preventivo sulla crescita esterna realizzata da EUROSPIN LAZIO, e dal gruppo EUROSPIN, nel periodo stesso.

Appare, d'altro canto, necessario tener conto anche della circostanza che le operazioni sono state comunicate spontaneamente dalla Parte responsabile dell'infrazione e che la stessa ha prestato piena collaborazione nel corso del procedimento.

**35.** Quanto alla durata dell'infrazione, infine, essa risulta diversa per le varie operazioni, essendo il ritardo nella comunicazione compreso tra 1 e 5 anni.

### ***VI.4. Numero delle operazioni per cui viene irrogata la sanzione***

**36.** Rinviano al precedente paragrafo III.3. per l'illustrazione del criterio in base al quale si è individuato il numero di operazioni di concentrazioni tardivamente comunicate e della documentazione prodotta dalla Parte, in questa sede ci si limita ad osservare che la Parte comunicante ha assolto al proprio onere di dimostrare, in modo esauriente, l'interdipendenza funzionale delle operazioni che hanno dato luogo sia all'accorpamento delle licenze per l'apertura del punto vendita localizzato in Ariano Arpino (AV), via Serra, sia all'ampliamento del punto vendita localizzato in Roma, via Enea 90, da 400 m<sup>2</sup> a 553 m<sup>2</sup>.

**37.** Al contrario, esaminata la documentazione in atti, per tutte le altre acquisizioni dei rami d'azienda indicate nella tabella n. 2, si osserva che ciascuna di esse va considerata come un'operazione di concentrazione a sé stante.

**38.** Infine, delle operazioni di concentrazione tardivamente comunicate da EUROSPIN LAZIO di cui al presente procedimento, una è stata realizzata più di cinque anni prima del 14 luglio 2010, data del provvedimento di avvio del presente procedimento.

Preso atto di quanto disposto dall'articolo 28 della legge n. 689/81, riguardante la prescrizione in materia di sanzioni amministrative pecuniarie, si ritiene di non doversi procedere, per tale operazione, all'irrogazione della sanzione.

**39.** In conclusione, la sanzione viene dunque irrogata relativamente a dieci operazioni comunicate tardivamente.

## VII. VALUTAZIONE DELLE OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE

### VII.1. I mercati interessati

**40.** Il settore interessato dalle concentrazioni in esame è quello della distribuzione moderna di prodotti alimentari e non alimentari di largo e generale consumo.

All'interno della distribuzione moderna possono distinguersi diverse categorie di punti vendita (ipermercati, supermercati, *superette* e *discount*), che si differenziano in base a caratteristiche quali: la dimensione della superficie di vendita, il posizionamento di prezzo, l'ampiezza e la profondità della gamma di prodotti offerti, le caratteristiche espositive, la presenza di banchi per i prodotti freschi, la disponibilità di parcheggi.

Secondo quanto stabilito dall'Autorità nel caso "*Schemaventuno-Promodes/Gruppo GS*",<sup>7</sup> la diversità nella qualità e nel livello di servizi offerti dalle varie tipologie di punto vendita ne rende piuttosto deboli i rapporti di sostituibilità reciproci, che risultano sostanzialmente limitati alle categorie immediatamente contigue. Ai fini dell'individuazione del mercato rilevante dal punto di vista del prodotto, occorre pertanto partire da ciascuna tipologia di punto vendita e affiancare ad essa le categorie di punti vendita con le quali sussistano forti relazioni di sostituibilità.

Nel settore della distribuzione moderna, pertanto, possono identificarsi tre distinti mercati del prodotto, i quali presentano un'area di reciproca sovrapposizione: *i*) il mercato delle *superette* (punti vendita di dimensione inferiore ai 400 m<sup>2</sup>), composto da tutte le *superette* e dai piccoli supermercati (di dimensione inferiore ai 1.500 m<sup>2</sup>); *ii*) il mercato dei supermercati (punti vendita di dimensione compresa tra i 400 e i 2.500 m<sup>2</sup>), composto da tutti i punti vendita della distribuzione moderna (in quanto i supermercati risentono, da un lato, della concorrenza delle *superette*, e dall'altro, di quella dei supermercati); *iii*) il mercato degli ipermercati (punti vendita di dimensione superiore ai 2.500 m<sup>2</sup>), comprensivo di tutti gli ipermercati e dei grandi supermercati (di dimensione pari o superiore ai 1.500 m<sup>2</sup>).

**41.** Nella fattispecie in esame, tutte le operazioni sono destinate all'ampliamento o all'apertura di punti vendita di dimensioni comprese tra i 552 m<sup>2</sup> ed i 1.100 m<sup>2</sup>, inferiori dunque ai 1.500 m<sup>2</sup>; tali acquisizioni producono effetti, pertanto, nel mercato dei supermercati, comprensivo di tutti i punti vendita della distribuzione moderna.

**42.** Da un punto di vista geografico, il mercato ha dimensione locale, in considerazione dei comportamenti di acquisto dei consumatori e dell'importanza da questi attribuita alla prossimità dei punti vendita. L'esatta delimitazione della dimensione geografica dei mercati deve essere effettuata caso per caso, sulla base della dimensione dei bacini di utenza dei singoli punti vendita delle imprese interessate e del loro livello di sovrapposizione. In prima approssimazione essa può essere circoscritta ai confini amministrativi provinciali.

<sup>7</sup> Cfr. Provv. dell'Autorità n. 6113 del 18 giugno 1998, C3037 – "*Schemaventuno-Promodes/Gruppo GS*", in Boll. n. 25/98.

Nel caso in esame, gli effetti delle operazioni saranno valutati nei mercati dei supermercati delle seguenti province: 1) Roma; 2) Latina; 3) Frosinone; 4) Chieti; 5) Avellino; 6) Caserta.

### **VII.2. Effetti delle operazioni**

**43.** In via preliminare, ai fini di un'adeguata interpretazione dei dati relativi alle quote di mercato e all'impatto che si è prodotto ad esito delle operazioni che hanno dato luogo all'ampliamento o all'apertura di punti vendita, si precisa quanto segue:

i) la valutazione degli effetti è operata "ad oggi", supponendo cioè che i punti vendita siano acquisiti nel contesto concorrenziale attuale. A tal fine ci si è avvalsi, pertanto, della banca dati *ACNielsen* aggiornata al gennaio 2010;

ii) al fine di valutare quale sarebbe il posizionamento attuale di EUROSPIN in assenza delle acquisizioni, ossia la situazione antecedente alle acquisizioni, sono state individuate le quote attribuibili ai punti vendita aperti o ampliati grazie alle acquisizioni e sono state sottratte dalle quote attualmente detenute da EUROSPIN nei diversi mercati rilevanti le quote attualmente imputabili ai punti vendita;

iii) sono state rilevate le quote complessivamente detenute da EUROSPIN ad oggi e, quindi, l'impatto che si è prodotto ad esito delle operazioni che hanno comportato l'apertura di nuovi punti vendita o l'ampliamento di punti vendita con marchio "Eurospin" già esistenti.

**44.** Nel mercato dei supermercati della provincia di Roma, in cui EUROSPIN detiene una quota di mercato di circa il 5%, la quota complessivamente attribuibile al punto vendita oggetto di acquisizione localizzato nel comune di Colleferro e all'ampliamento del punto vendita localizzato in Roma è inferiore all'1%.

In tale mercato operano numerosi e qualificati concorrenti: in particolare CONAD è il principale operatore, titolare di una quota di circa il 21%, mentre CARREFOUR, AUCHAN e PAM operano in tale mercato con quote rispettivamente di circa il 18%, l'11% e il 9%.

**45.** Nel mercato dei supermercati della provincia di Latina, EUROSPIN è titolare di una quota di mercato pari a circa il 5%. La conclusione dell'operazione ha determinato un incremento poco significativo della quota citata, in quanto al ramo d'azienda oggetto d'acquisizione attivo in tale mercato è attribuibile una quota di mercato inferiore all'1%.

Nel mercato citato operano concorrenti di rilievo, quali CONAD, PAM e INTERDIS titolari di quote pari, rispettivamente, all'11%, al 5% e al 4%.

**46.** Nel mercato dei supermercati della provincia di Frosinone la quota di mercato complessivamente imputabile ai due ampliamenti dei punti vendita localizzati nei comuni di Anagni e Alatri è compresa tra l'1% e il 3%; in tale mercato EUROSPIN detiene attualmente una quota pari a circa il 10%.

I principali concorrenti che attualmente operano nella provincia di Frosinone sono CONAD, PAM e SELEX titolari di quote rispettivamente pari a circa il 21%, il 12% e il 9%.

**47.** In provincia di Chieti, nel mercato dei supermercati, l'apertura del nuovo punto vendita localizzato nel comune di Vasto, a cui è attribuibile una quota inferiore all'1%, ha determinato il conseguimento da parte di EUROSPIN di una quota complessiva di mercato stimabile in circa l'11%.

Nel mercato in questione sono attivi CONAD e SUN con quote pari, rispettivamente, a circa il 34% e il 12%.

**48.** In relazione al mercato dei supermercati in provincia di Avellino, si osserva che la quota imputabile al nuovo punto vendita localizzato in Ariano Arpino, realizzato grazie all'accorpamento di 4 licenze, non supera i due punti percentuali.

EUROSPIN, in tale mercato, opera con una quota di circa il 7%, mentre i suoi principali concorrenti risultano INTERDIS e il gruppo COOP titolari, rispettivamente, di quote stimabili in circa il 19% e l'11%.

**49.** EUROSPIN detiene nel mercato dei supermercati della provincia di Caserta una quota complessiva di poco inferiore al 3%, che ha subito un incremento marginale grazie all'acquisizione del punto vendita, localizzato in tale provincia, a cui è attribuibile una quota inferiore all'1%.

In provincia di Caserta il principale operatore è CONAD, attivo con una quota di circa il 17%; altri qualificati concorrenti sono SELEX e INTERDIS con quote pari, rispettivamente, a circa il 15% e il 13%.

**50.** Avuto riguardo a quanto sopra esposto, le operazioni in esame non risultano, quindi, idonee a determinare, in capo ad EUROSPIN, la costituzione di una posizione dominante sui mercati interessati tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza.

CONSIDERATO, pertanto, che le operazioni in esame hanno comportato l'acquisizione del controllo di parti di imprese e, come tali, costituiscono concentrazioni ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera *b*), della legge n. 287/90;

CONSIDERATO che per ciascuna delle operazioni in questione il fatturato dell'insieme delle imprese interessate è stato superiore alla soglia prevista dall'articolo 16, comma 1, della legge n. 287/90 e che, pertanto, le operazioni erano soggette all'obbligo di comunicazione preventiva previsto dallo stesso articolo;

CONSIDERATO che le operazioni non sono state comunicate preventivamente ai sensi dell'articolo 16, comma 1, della legge n. 287/90 e che l'Autorità, ai sensi dell'articolo 19, comma 2, della stessa legge, può infliggere al soggetto che non abbia ottemperato al relativo obbligo, sanzioni amministrative pecuniarie fino all'uno per cento del fatturato realizzato nell'anno precedente a quello in cui è stata effettuata la contestazione;

CONSIDERATO, in ordine all'individuazione del soggetto responsabile delle infrazioni contestate, che le operazioni di concentrazione sono consistite nell'acquisizione del controllo esclusivo di parti di imprese da parte della società EUROSPIN LAZIO S.p.A.;

RITENUTO, pertanto, di dover procedere nei confronti della società EUROSPIN LAZIO S.p.A. all'irrogazione della sanzione amministrativa di cui all'articolo 19, comma 2, della legge n. 287/90, relativamente alle dieci operazioni sopra individuate;

CONSIDERATI, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 689/81, in ordine alla quantificazione della sanzione, i seguenti elementi:

- i) l'assenza di dolo da parte della società EUROSPIN LAZIO S.p.A.;
- ii) la sollecitudine della società EUROSPIN LAZIO S.p.A. nel fornire la documentazione e le informazioni richieste dall'Autorità ed il comportamento collaborativo da essa tenuto nel corso del procedimento;
- iii) la mancanza di effetti pregiudizievoli per la concorrenza nei mercati interessati;

RITENUTI sussistenti i presupposti che giustificano l'irrogazione della sanzione di cui all'articolo 19, comma 2, della legge n. 287/90 a carico della società EUROSPIN LAZIO S.p.A. nella misura di 5.000 € (cinquemila euro) per ciascuna delle suddette dieci operazioni non comunicate preventivamente, sanzione che appare congrua a realizzare l'obiettivo di assicurare che l'attività di controllo delle concentrazioni attribuita all'Autorità si fondi sul sistematico e diligente rispetto dell'obbligo di comunicazione preventiva stabilito dall'articolo 16 della legge n. 287/90;

RITENUTO, con riferimento alla valutazione concorrenziale delle operazioni di concentrazione in esame, che le stesse non sono state suscettibili di determinare, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sui mercati interessati tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza;

#### ORDINA

alla società EUROSPIN LAZIO S.p.A. di pagare, quale sanzione amministrativa per le violazioni accertate, la somma complessiva di 50.000 € (cinquantamila euro) per l'omessa comunicazione di dieci operazioni di concentrazione.

La sanzione amministrativa di cui sopra deve essere pagata entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, con versamento diretto al concessionario del servizio di riscossione oppure mediante delega alla banca o alle Poste Italiane S.p.A., presentando il modello allegato al presente provvedimento, così come previsto dal Decreto Legislativo 9 luglio 1997, n. 237.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento delle stesse, la società EUROSPIN LAZIO S.p.A. è tenuta a dare immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio di copia del modello attestante i versamenti effettuati.

#### DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90 con riferimento alle operazioni descritte nel presente provvedimento.

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

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'art. 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, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 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

*Luigi Fiorentino*

IL PRESIDENTE

*Antonio Catricalà*

---

**C10764 - INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES/NETEZZA***Provvedimento n. 21725*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 ottobre 2010;

SENTITO il Relatore Professor Piero Barucci;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTA la comunicazione della società International Business Machines Corporation, pervenuta in data 27 settembre 2010;

CONSIDERATO quanto segue:

**I. LE PARTI**

International Business Machines Corporation (di seguito, IBM) è una società di diritto statunitense attiva a livello mondiale nello sviluppo, nella produzione e nella commercializzazione di un'ampia gamma di soluzioni informatiche quali *software*, sistemi e servizi.

IBM è quotata alla borsa valori di New York e presenta un azionariato diffuso con nessuno dei soci in grado di esercitare, individualmente o collettivamente, un'influenza determinante.

Il fatturato conseguito da IBM nell'esercizio 2009 è stato complessivamente pari a 68,6 miliardi di euro, di cui [20-30]<sup>1</sup> e [2-3] miliardi di euro per vendite realizzate, rispettivamente, nell'Unione europea e in Italia.

Netezza Corporation (di seguito, Netezza) è una società di diritto statunitense che fornisce servizi di conservazione di banche dati di grandi dimensioni, applicazioni di analisi e monitoraggio per industrie che fanno uso intensivo di dati, tra cui imprese che si occupano di telecomunicazione, di media digitali, di servizi finanziari, di salute e di vendita al dettaglio.

Netezza è quotata alla borsa valori di New York e presenta un azionariato diffuso; i principali azionisti, con una quota superiore al 5% del capitale, sono tre (Wellington Management Company LLP; Ameriprise Financial INC; TimesSquare Capital Management LLC).

Nel corso del 2009 Netezza ha conseguito, a livello mondiale, un fatturato complessivo pari a 134 milioni di euro, di cui [10-47] milioni di euro e [inferiore a 1 milione di] euro per vendite realizzate, rispettivamente, nell'Unione europea e in Italia.

**II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE**

L'operazione in esame riguarda l'acquisizione, da parte di IBM, del controllo di Netezza mediante l'acquisto dell'intero capitale sociale.

L'operazione prevede inoltre alcune clausole di non concorrenza. In particolare, alcuni dipendenti che ricoprono posizioni chiave hanno sottoscritto un accordo che prevede un divieto di svolgere attività in concorrenza con quelle svolte finora da Netezza per il periodo più lungo tra i termini (i) di ventiquattro o trenta mesi (a seconda degli accordi) dal *closing* dell'operazione e (ii) di uno o

---

<sup>1</sup> Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

due anni (a seconda degli accordi) dalla fine dell'eventuale impiego della persona fisica con il gruppo IBM. Tale obbligo si applicherà a tutte le aree del mondo in cui la persona fisica abbia avuto responsabilità di lavoro negli ultimi due anni di impiego con Netezza o con il gruppo IBM.

### III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

L'operazione comunicata, in quanto comporta l'acquisizione del controllo di un'impresa, costituisce una concentrazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1 lettera b), della legge n. 287/90.

Essa rientra nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90, non ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento CE 139/04, 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 472 milioni di euro.

Il patto di non concorrenza descritto in precedenza può essere qualificato come accessorio alla concentrazione comunicata nella misura in cui contiene restrizioni direttamente connesse alla realizzazione dell'operazione, limitatamente ad un periodo di ventiquattro o trenta mesi dal *closing* dell'operazione, e ad essa necessarie<sup>2</sup>, in quanto funzionali alla salvaguardia del valore dell'azienda acquisita avendo una portata materiale circoscritta all'attività economica dell'impresa ceduta e un ambito di applicazione territoriale correlato alla dimensione del mercato sui cui Netezza opera. Tuttavia, per non travalicare i limiti di quanto ragionevolmente richiesto allo scopo, è necessario che la durata sia contenuta entro i due anni, essendo l'acquirente già presente nei mercati interessati e potendosi quindi la cessione prospettata ricondursi al solo avviamento.

### IV. VALUTAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE

#### *Il mercato del prodotto*

Da un punto vista merceologico, il settore interessato dall'operazione in esame è quello dei servizi di *Information Technology* (IT) dove opera la società Netezza, oggetto di acquisizione.

All'interno di tale settore, la distinzione in mercati più specifici non risulta agevole; questa difficoltà deriva principalmente dalla rapida evoluzione tecnologica che caratterizza il comparto IT e dal fatto che le imprese ivi presenti tendono ad offrire una molteplicità di servizi, adattando la propria offerta alla stessa evoluzione tecnologica, alla domanda e alle esigenze della clientela.

Al riguardo, la Commissione europea ha individuato sette segmenti che identificano una pluralità di servizi informatici diretti ad imprese e enti pubblici, tra cui lo sviluppo di *software* (*software development*). Deve tuttavia rilevarsi una certa sostituibilità dal lato dell'offerta, anche in considerazione del fatto che i fornitori di servizi IT offrono generalmente una gamma più o meno ampia di prestazioni diverse in pacchetti che possono interessare tutti o alcuni dei segmenti individuabili.

Anche all'interno dello sviluppo e commercializzazione di programmi *software*, è possibile individuare una pluralità di ambiti, *in primis* a seconda della destinazione finale del prodotto, se a consumatori per uso domestico (*consumer software*) ovvero a imprese e istituzioni per uso

---

<sup>2</sup> Si veda, al riguardo, la Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle concentrazioni (G.U.C.E. 2005/C-56/03 del 5 marzo 2005).

professionale (*business software*). A loro volta, i *software* di tipo *business* si possono dividere in programmi per infrastrutture di sistema (i cosiddetti *system infrastructure software*) e programmi applicativi (*application software*) a supporto delle principali funzioni aziendali, quali ad esempio la gestione finanziaria e delle vendite, la logistica, il *marketing*.

Nel caso di specie, l'attività di Netezza riguarda lo sviluppo di prodotti *database* e piattaforme per la conservazione dei dati in un'unità dedicata, appositamente costruita per permettere richieste dettagliate e analisi di elevati volumi di dati.

Secondo la classificazione di fonte IDC (International Data Corporation) fornita dalle parti, le attività di Netezza interessano l'area delle *applications*, in particolare le soluzioni *relational database management systems* (che costituiscono un sub-segmento del segmento denominato *structured data management software*).

Il segmento *structured data management software* include gli strumenti che gestiscono un insieme comune di dati definiti che si trova in uno o più *database* ed è eseguito mediante definizioni e regole di dati, sia che ciò comprenda singoli *database*, in cui si accede direttamente da applicazioni, che *database* distribuiti, in cui si accede da molteplici applicazioni in molteplici sedi. Il sub-segmento *relational database management systems* (RDBMSs), in particolare, include sistemi di gestione e di *database* multiutente che sono organizzati secondo il paradigma relazionale e che usano SQL (*Structured Query Language*) come linguaggio di base per la definizione dei dati e l'accesso. Sono altresì inclusi gli RDBMSs che sono stati estesi per supportare tabelle integrate o altri miglioramenti non relazionali o per includere tipologie specifiche di attributi (grafici, geospaziali, audio), formalismi orientati a oggetti o supporto diretto per dati XML (*eXtensible Markup Language*).

### **Il mercato geografico**

Per quel che riguarda la rilevanza geografica, la dimensione del mercato può ritenersi sovranazionale, mondiale ad avviso delle parti<sup>3</sup>. Queste sottolineano infatti l'importanza di diversi elementi quali: la comunanza di esigenze e preferenze in termini di sviluppo tra gli utilizzatori, indipendentemente dalla loro localizzazione (le configurazioni dei prodotti sono difatti sostanzialmente le medesime e i prodotti stessi vengono consegnati senza particolari necessità di adattamenti a specifiche locali, salva talvolta la traduzione del manuale d'uso); la competizione a livello globale tra i maggiori fornitori; l'omogeneità dei prezzi in tutto il mondo; la scarsa incidenza dei costi di trasporto sul prezzo; l'esistenza di una rete di assistenza e manutenzione offerta dal fornitore per via telematica (via internet o telefono); la sostanziale assenza di significative barriere commerciali, di carattere tariffario e non, tra Paesi.

Oltre alle condizioni di relativa omogeneità della domanda e dell'offerta, l'ipotesi di dimensione sovranazionale trae conferma, tra l'altro: dall'evoluzione a livello globale delle conoscenze tecnologiche e informatiche; dalla circostanza che gli acquirenti non sono soggetti a restrizioni territoriali e selezionano i propri fornitori confrontando operatori internazionali; dal fatto che i principali operatori sono imprese multinazionali che possono servire i mercati esteri senza necessariamente ivi disporre di una presenza fissa, ma agendo attraverso *partners* locali o l'invio *in loco* di proprio personale, e dall'assenza di particolari barriere normative, amministrative o commerciali, di carattere tariffario e non, per lo svolgimento dell'attività all'estero.

<sup>3</sup> Cfr. anche C10490 - *IBM/Intelliden* e C10681 - *IBM/Coremetrics*.

### ***Effetti dell'operazione***

Svolgendo l'analisi al dettaglio del sub-segmento, secondo i dati di fonte IDC forniti dalle parti, l'incidenza delle parti a livello mondiale nel sub-segmento *relational database management systems* è pari al 20,9% e allo 0,6%, rispettivamente, per IBM e Netezza; nel più ristretto ambito geografico EMEA, comprendente Europa, Medio Oriente e Africa, l'incidenza della parti è pari a circa il 21,1% e allo 0,2%, rispettivamente, per IBM e Netezza<sup>4</sup>. Pertanto, l'incremento della quota di vendita di IBM, derivante dall'acquisizione della quota di Netezza, è pressoché insignificante, essendo inferiore all'1% sia a livello mondiale che a livello EMEA.

Il mercato in esame risulta inoltre caratterizzato dalla presenza di numerosi e qualificati concorrenti (SAS, Adobe, Sap e Oracle), nonché dall'assenza di significative barriere all'ingresso (dati i particolari tassi di dinamicità e innovazione che caratterizzano il settore dell'IT, è possibile sviluppare con successo nuovi *software* con tempi e costi ridotti, disponendo della necessaria esperienza, competenza tecnica e *know how*).

Alla luce delle considerazioni che precedono, la concentrazione in esame non appare idonea a modificare significativamente le dinamiche concorrenziali nel mercato rilevante.

RITENUTO, pertanto, che l'operazione in esame non comporta, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante nel mercato interessato, tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza;

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

### DELIBERA

di non avviare l'istruttoria di cui all'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90.

Le conclusioni di cui sopra saranno comunicate, ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90, alle imprese interessate e al Ministro dello Sviluppo Economico.

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

IL SEGRETARIO GENERALE

*Luigi Fiorentino*

IL PRESIDENTE

*Antonio Catricalà*

---

<sup>4</sup> Secondo le parti è impossibile fornire, in assenza di banche dati e studi di mercato attendibili, una stima delle dimensioni italiane dei sub-segmenti interessati. Si può tuttavia stimare che le quote di mercato a livello italiano non differirebbero in maniera significativa dalle quote detenute a livello EMEA.

## SEPARAZIONI SOCIETARIE

### **SP83B - FERROVIA ADRIATICO SANGRITANA**

*Provvedimento n. 21723*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 ottobre 2010;

SENTITO il Relatore Professore Carla Bedogni Rabitti;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO in particolare l'articolo 8, comma 2-*bis*, della legge n. 287/90, ai sensi del quale le imprese che, per disposizione di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale, ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui agiscono per l'adempimento degli specifici compiti loro affidati, operano mediante società separate;

VISTO in particolare l'articolo 8, comma 2-*ter*, della legge n. 287/90, ai sensi del quale la costituzione di società e l'acquisizione di posizioni di controllo in società operanti nei mercati diversi di cui al comma 2-*bis* sono soggette a preventiva comunicazione all'Autorità;

VISTO in particolare l'articolo 8, comma 2-*sexies*, della legge n. 287/90, ai sensi del quale in caso di violazione degli obblighi di comunicazione di cui al comma 2-*ter*, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria fino a 51.645 euro;

VISTO il proprio provvedimento del 17 maggio 2007, n. 16837, con il quale è stata contestata alla società Ferrovia Adriatico-Sangritana S.p.A. la violazione dell'articolo 8, commi 2-*bis* e 2-*ter*, della legge n. 287/90, e alla medesima società è stata comminata una sanzione pecuniaria pari a 10.000 euro;

VISTA la denuncia pervenuta in data 10 maggio 2010 da parte del Consorzio Noleggiatori Abruzzesi Prontobus;

VISTA la propria richiesta di informazioni alla società Ferrovia Adriatico Sangritana S.p.A., trasmessa in data 9 giugno 2010;

VISTE le informazioni della società Ferrovia Adriatico Sangritana S.p.A. pervenute in data 5 luglio 2010;

VISTI gli atti del procedimento:

RITENUTO che la società Ferrovia Adriatico Sangritana S.p.A. (di seguito, "FAS"), in quanto concessionaria in via esclusiva per la Regione Abruzzo di una serie di servizi di Trasporto Pubblico Locale (di seguito, "TPL") su rotaia e su gomma, è impresa che esercita un servizio di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 8, comma 2, della legge n. 287/90;

CONSIDERATO che FAS, in quanto concessionaria in via esclusiva di una serie di servizi TPL, ove intenda svolgere attività in mercati diversi rispetto a quelli in cui è concessionaria, come nella specie devono ritenersi quelli relativi al noleggio da rimessa e gestione di agenzie di viaggio e

turismo, è tenuta, ai sensi dell'articolo 8, commi *2-bis* e *2-ter*, della legge n. 287/90, ad operare mediante società separata, o costituendo tale società o acquisendo il controllo di società operanti nei mercati diversi, e a comunicare preventivamente all'Autorità tali evenienze;

CONSIDERATO che, in base alla documentazione acquisita, emerge che FAS continua a svolgere direttamente, in regime di concorrenza e, pertanto, in assenza di separazione societaria, attività di noleggio da rimessa con conducente e gestione di agenzie di viaggio e turismo, nonostante la pronuncia contenuta nel provvedimento dell'Autorità 17 maggio 2007 n. 16837;

RITENUTO che, nel caso di specie, l'omissione della citata comunicazione preventiva prevista dall'art. 8, comma *2-ter*, della legge n. 287/90 è conseguenza diretta della violazione dell'obbligo di operare mediante società separata, imposto dall'articolo 8, commi *2-bis*, ed è per tale ragione imputabile a FAS;

RITENUTO che in caso di violazione dell'obbligo di comunicazione preventiva di cui all'articolo 8, comma *2-ter*, l'Autorità applica, ai sensi dell'articolo 8, comma *2-sexies*, della legge n. 287/90, la sanzione amministrativa pecuniaria fino a 51.645 di euro;

RITENUTO che la persistenza del comportamento di FAS, nonostante il provvedimento dell'Autorità del 17 maggio 2007, n. 16837, configura una nuova violazione dell'art. 8, commi *2-bis* e *2-ter*, della legge n. 287/90, autonomamente sanzionabile;

RITENUTO, pertanto, di dover avviare l'istruttoria, nei confronti della società Ferrovia Adriatico Sangritana S.p.A., ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, per l'accertamento della violazione dell'articolo 8, commi *2-bis* e *2-ter*);

#### DELIBERA

a) di contestare alla società Ferrovia Adriatico Sangritana S.p.A., concessionaria in esclusiva di una serie di servizi TPL nella Regione Abruzzo, la violazione dell'articolo 8, commi *2-bis* e *2-ter*, della legge n. 287/90, per non aver operato mediante una società separata per lo svolgimento dell'attività di noleggio da rimessa e gestione di agenzie di viaggio e turismo;

b) di contestare alla società Ferrovia Adriatico Sangritana S.p.A. la violazione dell'articolo 8, comma *2-ter*, della legge n. 287/90, per non aver adempiuto agli obblighi di comunicazione ivi stabiliti;

c) l'avvio del procedimento, per l'eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria di cui all'articolo 8, comma *2-sexies*, n. 287/90, nei confronti della società Ferrovia Adriatico Sangritana S.p.A.;

d) che il responsabile del procedimento è la Dott.ssa Claudia Giardina;

e) la fissazione del termine di sessanta giorni, decorrente dalla notificazione del presente provvedimento, per l'esercizio da parte dei rappresentanti legali della Parte, o di persone da essa delegate, del diritto di essere sentiti, precisando che la richiesta di audizione dovrà pervenire alla Direzione Agroalimentare e Trasporti della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità almeno quindici giorni prima della scadenza del termine sopra indicato;

f) che gli atti del procedimento possono essere presi in visione presso la Direzione Agroalimentare e Trasporti della Direzione Generale per la Concorrenza di questa Autorità dai legali rappresentanti della Parte o da persone da essa delegate;

g) che il procedimento deve concludersi entro il 24 febbraio 2011.

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

IL SEGRETARIO GENERALE

*Luigi Fiorentino*

IL PRESIDENTE

*Antonio Catricalà*

---



## ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

### AS769 - COMUNITA' MONTANA VALLI DEL VERBANO - SERVIZIO DI IGIENE AMBIENTALE

Roma, 4 agosto 2010

Comunità Montana Valli del Verbano

**Oggetto:** Richiesta di parere relativa all'affidamento, ai sensi dell'art. 23 bis, comma 3, del Decreto Legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133, del servizio di igiene ambientale.

Con riferimento alla richiesta in oggetto, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 28 luglio 2010, ha ritenuto, per quanto di propria competenza, che continuino a non ricorrere le condizioni per il rilascio del parere ai sensi dei commi 3 e 4 dell'art. 23-bis a causa dell'evidente mancanza dei requisiti fondamentali per la configurabilità stessa dell'affidamento *in house*.

Il fatto che la società Valcuvia Servizi S.r.l. possa svolgere svariate ed eterogenee attività, quali la creazione, produzione, distribuzione e vendita di energia, la gestione del trasporto pubblico locale, la possibilità di affidare a terzi parte o porzione dei servizi affidati, nonché di assumere partecipazioni ed interessenze in altri enti lascia ancora presumere una evidente propensione dell'impresa ad effettuare determinati investimenti di risorse economiche in altri mercati – anche non contigui – in vista di una eventuale espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l'ente pubblico conferente.

Tale circostanza, attribuendo alla società affidataria un'ampia vocazione commerciale che travalica le funzioni richieste per l'espletamento del servizio affidato, non consente di ritenere sussistente il requisito della prevalenza dell'attività oggetto di affidamento nei confronti dell'ente pubblico affidante.

Anche a prescindere da tali considerazioni, in ogni caso, si ritiene opportuno ricordare che l'art. 23 bis del Decreto Legge n. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008, ha stabilito che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali debba avvenire, in via ordinaria, a favore di soggetti individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica. La stessa norma, tuttavia, ha previsto che a tale principio generale si possa derogare in presenza di peculiari

caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento.

Nel caso di specie, si ritiene che la Comunità istante non abbia dimostrato la sussistenza di tali peculiarità e, in particolare, delle ragioni che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato per l'affidamento della gestione del servizio di igiene ambientale. La Comunità istante si limita infatti a far presente - senza tuttavia fornire dati convincenti in tal senso - come il costo del servizio offerto da Valcuvia Servizi S.r.l. sia inferiore a quello ottenibile nel caso in cui il servizio in questione venga affidato mediante gara. Tale constatazione non appare in grado di giustificare l'affidamento *in house*, posto che il costo del servizio può rappresentare una variabile sulla quale mettere in competizione gli operatori nell'ambito di una procedura competitiva.

La presente decisione sarà pubblicata sul bollettino di cui all'art. 26 della legge n. 287/90. Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate all'Autorità entro trenta giorni dal ricevimento della presente, precisandone i motivi.

IL SEGRETARIO GENERALE

*Luigi Fiorentino*

---

## PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

### **DS222 - (CPC2) MISURE ESECUTIVE GENI INTERNATIONAL**

*Provvedimento n. 21682*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 ottobre 2010;

SENTITO il Relatore Professor Piero Barucci;

VISTO il Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 ottobre 2004 n. 2006 sulla *“cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori”* (di seguito anche Regolamento (CE) n. 2006/2004) e, in particolare, l'articolo 4, paragrafo 6, lettere *d*) ed *f*), e l'articolo 8, paragrafi 1 e 2;

VISTO il Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante *“Codice del Consumo”*, come modificato dal Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 146 (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO, in particolare, il comma 1, dell'articolo 27 del Codice del Consumo, secondo cui l'Autorità esercita le proprie attribuzioni *“anche quale autorità competente per l'applicazione del regolamento 2006/2004/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 27 ottobre 2004, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori, nei limiti delle disposizioni di legge”*;

VISTO il *“Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette”*, adottato con delibera dell'Autorità del 15 novembre 2007, pubblicata nella G.U. n. 283 del 5 dicembre 2007, ed entrato in vigore il 6 dicembre 2007 (di seguito, Regolamento);

VISTA la richiesta di misure esecutive pervenuta il 14 gennaio 2010 e presentata, ai sensi dell'articolo 8 del Regolamento (CE) n. 2006/2004, dall'*Office of Fair Trading* (di seguito, OFT), autorità competente per l'applicazione nel Regno Unito della disciplina in materia di pratiche commerciali sleali (Direttiva 2005/29/CE così come trasposta dal *The Consumer Protection for Unfair Trading Regulations 2008*) con riferimento alla condotta posta in essere dalla società Geni International S.r.l. (di seguito anche *“Geni International”*), relativa all'invio ripetuto di comunicazioni commerciali non richieste dall'oggetto *“Best of”*, rappresentate da un opuscolo pubblicitario, c.d. *“sweepstake”*, diretto a promuovere una lotteria.

VISTO il provvedimento di avvio del procedimento DS222 del 22 aprile 2010, per l'applicazione di una misura esecutiva ai sensi dell'articolo 8 del Regolamento (CE) n. 2006/2004;

VISTO il proprio provvedimento del 21 luglio 2010, con il quale, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del Regolamento, è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento, per particolari esigenze istruttorie;

VISTA la comunicazione dell'OFT acquisita agli atti del presente procedimento in data 27 settembre 2010, con la quale, alla luce delle difese presentate dalla Parte, viene confermata la

richiesta di applicazione di una misura esecutiva ai sensi dell'art. 8 del Regolamento (CE) n. 2006/2004.

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. In data 14 gennaio 2010 è stata acquisita agli atti del presente procedimento la richiesta di misure esecutive presentata da parte dell'OFT nei confronti di Geni International in relazione ad alcuni opuscoli pubblicitari inviati via posta a consumatori britannici.
2. In tali opuscoli viene ripetutamente prospettata la vincita di un premio attraverso espressioni quali, a titolo esemplificativo: *"YOU HAVE REALLY WON A CHEQUE! AND IT IS A VERY LARGE SUM, £ 15,500.00 THE AMOUNT OF THE BANK CHEQUE TO BE AWARDED"*, *"It's official! The final results have just arrived: [...] YOU HAVE REALLY WON! [...] WE GUARANTEE THE DISPATCH OF £ 15,500.00 TO YOUR SOLE ORDER!"* *"OFFICIAL CONFIRMATION OF A WIN IN YOUR NAME"*, ovvero *"WIN CONFIRMED FOR YOU: A CHEQUE!"*<sup>1</sup>.
3. Tali comunicazioni, in base alla predetta richiesta di misure esecutive, nel promuovere i prodotti del professionista in questione, prospettano, contrariamente al vero e in contrasto con la normativa britannica che traspone gli articoli 5, 6, 7, della Direttiva 2005/29/CE, l'avvenuta vincita di un cospicuo premio, subordinandone la riscossione, o quantomeno il conseguimento in tempi più brevi, all'acquisto di prodotti da un catalogo allegato. In realtà, le condizioni contrattuali, riportate in maniera non chiara e unicamente sul retro delle comunicazioni, indicherebbero che trattasi di mera partecipazione ad una lotteria, non subordinata ad alcun acquisto e che il conseguimento del premio in questione è, di conseguenza, solo eventuale.
4. L'OFT ha ritenuto che le comunicazioni in questione per la loro formulazione sarebbero, inoltre, in contrasto con la normativa britannica che traspone il punto 7 dell'Allegato I della Direttiva 2005/29/CE che annovera fra le condotte considerate in ogni caso ingannevoli quella consistente nel *"dichiarare falsamente che il prodotto sarà disponibile solo per un periodo molto limitato o che sarà disponibile solo a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato, in modo da ottenere una decisione immediata e privare i consumatori della possibilità o del tempo sufficiente per prendere una decisione consapevole"*. Infatti, l'insieme delle affermazioni utilizzate nelle comunicazioni in oggetto<sup>2</sup> sarebbe suscettibile di indurre erroneamente i destinatari a ritenere di dover rispondere entro un breve termine, pena la perdita del cospicuo premio asseritamente vinto.

<sup>1</sup> *"HAI DAVVERO VINTO UN ASSEGNO! ED È UNA GROSSA SOMMA, 15,500.00 sterline LA SOMMA DELL'ASSEGNO BANCARIO DA CONFERIRSI"*, *"È ufficiale! I risultati finali sono appena arrivati: [...] hai davvero vinto! [...]"*, *"COL TUO SEMPLICE ORDINE TI GARANTIAMO LA CONSEGNA DI 15,500.00 STERLINE, "CONFERMA UFFICIALE DI UNA VINCITA A TUO NOME"*, *"VINCITA CONFERMATO PER TE: UN ASSEGNO!"* (Traduzione non ufficiale).

<sup>2</sup> Negli opuscoli acquisiti agli atti del presente procedimento tra le formulazioni del tenore di quelle esemplificativamente segnalate dall'OFT, quali, tra le altre, *"Contact us urgently"* o *"You have only 8 days to claim it and no more"*, vanno annoverate le seguenti espressioni: *"I am taking the liberty to send you a second (and final) OFFICIAL CONFIRMATION OF A WIN IN YOUR NAME"*; *"The CHEQUE OF £ 15,500 is still awaiting, ready to be sent to you if appropriate if you act quickly"*; *"I await for your letter in the next few days"*; *"Final reminder before definitive closing of claims"*; *"BUT CAUTION! The deadline is approaching"*; *"Our Administrative Department has been instructed to await your replay. After the regulatory deadline, and in default of any replay, your CHEQUE WON will be DEFINITELY lost, no matter what the circumstances"*.

5. Inoltre, la condotta è ritenuta, altresì, aggressiva perché in contrasto con il punto 31 dell'Allegato I alla Direttiva 2005/29/CE, che annovera fra le condotte in ogni caso aggressive quella del professionista che dà “*la falsa impressione che il consumatore abbia già vinto, vincerà o vincerà compiendo una determinata azione un premio o una vincita equivalente [...]*”. Secondo l'Autorità britannica, infatti, le comunicazioni commerciali in argomento lasciano intendere, contrariamente al vero, che il destinatario abbia già vinto un cospicuo premio in denaro, per la cui corresponsione, o più rapida riscossione, sia necessario effettuare un acquisto dal catalogo allegato “*Best of*”.

6. A seguito della richiesta dell'OFT, in data 22 aprile 2010 è stato avviato il procedimento DS222 per l'applicazione di una misura esecutiva ai sensi dell'articolo 8 del Regolamento (CE) n. 2006/2004.

7. In data 8 luglio 2010 si è tenuta l'audizione della Parte, che in tale sede ha prodotto una memoria difensiva rappresentando, in sostanza, quanto segue:

– Geni International distribuisce nel Regno Unito un catalogo di prodotti per la casa, il giardinaggio, la cura della persona, cui viene allegato un opuscolo pubblicitario che promuove la partecipazione ad una lotteria (c.d. *sweepstake*). Tali comunicazioni commerciali sarebbero dirette a consumatori che hanno già effettuato in passato acquisti per corrispondenza, ovvero partecipato a lotterie simili, di talché i destinatari sarebbero sufficientemente informati e avveduti, in misura tale da non poter essere indotti a ritenere di aver vinto una lotteria cui non hanno mai preso parte;

– la partecipazione alla lotteria non richiederebbe alcun acquisto dal catalogo, come chiarito nel regolamento di gioco che è parte integrante dell'opuscolo pubblicitario in questione; di conseguenza, non potrebbe ritenersi che i destinatari di tali comunicazioni subiscano alcun pregiudizio economico, che è presupposto essenziale per l'adozione di una misura esecutiva *ex art.* 4, paragrafo 6 del Regolamento (CE) n. 2006/2004;

– allo stesso modo le comunicazioni in oggetto non potrebbero considerarsi in contrasto con quanto disposto dai punti 7 e 31 dell'Allegato alla Direttiva 2005/29/CE, in primo luogo perché la partecipazione ad una lotteria non potrebbe considerarsi un prodotto ai sensi del precitato punto 7 e, secondariamente, perché nel caso di specie i premi esisterebbero e la partecipazione alla lotteria non sarebbe subordinata ad esborso alcuno.

8. Nella propria comunicazione acquisita agli atti del procedimento il 27 settembre 2010 l'OFT, alla luce delle memorie presentate dalla Parte, ha confermato la richiesta di applicazione di una misura esecutiva ai sensi dell'art. 8 del Regolamento (CE) n. 2006/2004. L'Autorità britannica ha fatto presente, in particolare, che pur non essendo necessario alcun acquisto per la partecipazione alla lotteria in questione, le affermazioni contenute negli opuscoli divulgativi creano l'impressione che un ordinativo dall'allegato catalogo sia necessario e sufficiente per ottenere il premio in danaro promesso, o quantomeno per ottenerlo in tempi più brevi. L'OFT ha sottolineato, inoltre, che pur esistendo effettivamente un premio, gli opuscoli lasciano falsamente intendere che il destinatario abbia già vinto lo stesso e non, invece, che si tratta di un mero invito a partecipare ad una lotteria nella quale il conseguimento del premio è solo eventuale. Inoltre, l'indicazione che trattasi della mera promozione a partecipare ad una lotteria, oltre alla specificazione che tale partecipazione non è vincolata ad alcun acquisto dall'allegato catalogo, sono presenti unicamente nelle condizioni generali, riportate con caratteri minuti sul retro degli opuscoli.

9. Con riferimento alle contestazioni della Parte, secondo cui la partecipazione ad una lotteria non potrebbe considerarsi alla stregua di un prodotto, l'OFT ritiene, invece, che questa ipotesi rientri nell'ampia nozione di cui all'art. 2, lettera c), della Direttiva 2005/29/CE.

10. Per quanto riguarda, invece, le osservazioni formulate da Geni International circa il *target* dei consumatori britannici, l'OFT richiama quanto stabilito dalla *District Court* di Breda (Paesi Bassi) nella pronuncia emessa nei confronti di Best Sales BV<sup>3</sup> per la diffusione di opuscoli dal contenuto sostanzialmente identico a quelli ivi in contestazione. In detta pronuncia il giudice ha chiarito che sebbene i consumatori britannici abbiano maggiore familiarità con le lotterie e i relativi opuscoli promozionali (*sweepstake*), ciò non comporta che siano avvezzi a opuscoli ingannevoli, né tantomeno che il legislatore comunitario abbia voluto prevedere una tutela minore nei confronti di consumatori confrontati con un'ampia diffusione di tali tipi di pratiche, ovvero addirittura incentivare tali pratiche scorrette. Più in generale, l'OFT richiama le valutazioni contenute nella summenzionata pronuncia giudiziale con riferimento alla condotta in discussione considerata nel suo insieme.

RITENUTO, pertanto, che dall'esame della richiesta di misure di esecuzione trasmessa dall'Office of Fair Trading e della sua successiva comunicazione del 27 settembre 2010, nonché dagli elementi di fatto acquisiti in atti, sussistono i presupposti richiesti dal paragrafo 6 dell'articolo 4 del Regolamento (CE) n. 2006/2004 per l'applicazione di una misura esecutiva ai sensi dell'articolo 8 del medesimo Regolamento;

RITENUTO, inoltre, ai sensi del combinato disposto dell'articolo 8 del Regolamento (CE) n. 2006/2004 e dell'articolo 27, comma 8, del Codice del Consumo, di dover vietare la continuazione della pratica commerciale scorretta sopra descritta;

#### DELIBERA

di vietare, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 6, lettera f), e dell'articolo 8 del Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 ottobre 2004 n. 2006, l'ulteriore diffusione da parte della società Geni International S.r.l. degli opuscoli divulgativi (c.d. *sweepstake*) sopra descritti, per le ragioni e nei limiti esposti nella richiesta di misure di esecuzione dell'Office of Fair Trading.

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza alla presente delibera l'Autorità applica la sanzione amministrativa da 10.000 a 150.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

A tal fine si chiede al professionista, entro il termine di trenta giorni dalla notifica del presente provvedimento, di comunicare all'Autorità le iniziative assunte in ottemperanza alla presente delibera.

---

<sup>3</sup> Sentenza dell'8 luglio del 2008, caso n. 170463, HA ZA 07-181, disponibile sul sito dell'Office of Fair Trading all'indirizzo <http://www.ofi.gov.uk>.

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

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

IL SEGRETARIO GENERALE

*Luigi Fiorentino*

IL PRESIDENTE

*Antonio Catricalà*

---

**PS2862B - PUBBLICITÀ OCCULTA-RIDETERMINAZIONE DELLA SANZIONE***Provvedimento n. 21690*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 ottobre 2010;

SENTITO il Relatore Dottor Antonio Pilati;

VISTO il Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante “*Codice del Consumo*”, come modificato dal Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 146 (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il proprio provvedimento n. 19956 dell'11 giugno 2009, adottato a conclusione del procedimento istruttorio relativo al caso PS2862 – “*Pubblicità occulta Gioielli MyMara - Europ Assistance - Isola dei famosi*”, con il quale è stato deliberato:

i) che le società Magnolia S.p.A. (di seguito, Magnolia) e RAI - Radiotelevisione Italiana S.p.A. (di seguito, RAI) hanno posto in essere due pratiche commerciali scorrette, ex art. 22 del Codice del Consumo, consistenti nella diffusione di due distinte pubblicità occulte nell'ambito di alcune puntate della trasmissione televisiva l'Isola dei famosi, edizione 2009, a favore, rispettivamente, dei gioielli della linea MyMara, commercializzati dalla società Asteria S.r.l., per le inquadrature della Signora Mara Venier con indosso i gioielli della linea Mymara e a favore della società Europ Assistance Italia S.p.A. (di seguito, Europ Assistance) per le immagini dell'attività svolta dalla citata società in occasione di un intervento a favore di uno dei partecipanti al programma;

ii) di irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria di 40.000 euro, nei confronti della società RAI e di 60.000 euro nei confronti della società Magnolia per la pubblicità occulta realizzata a favore dei gioielli MyMara e di irrogare una sanzione di 80.000 euro sia a RAI che a Magnolia per la pubblicità occulta svolta a favore dell'attività della società Europ Assistance;

VISTA la sentenza del TAR del Lazio, sez. I, n. 2009/13749, depositata in data 29 dicembre 2009, con la quale sono stati accolti parzialmente i ricorsi delle società Magnolia e Rai avverso il suddetto provvedimento, con conseguente annullamento della decisione dell'Autorità nella parte relativa alla quantificazione della sanzione;

VISTA, in particolare, la motivazione della sentenza con cui il TAR ha annullato la sanzione irrogata dall'Autorità;

VISTO altresì, che il TAR ha rimesso all'Autorità il compito di procedere alla rideterminazione della sanzione irrogata alle società Magnolia e RAI, tenendo conto dei seguenti criteri: le due pratiche commerciali scorrette accertate hanno un diverso grado di gravità in quanto la pratica realizzata tramite la diffusione delle immagini televisive dei gioielli MyMara ha avuto una diffusione significativamente maggiore rispetto a quella relativa alle immagini dell'attività svolta dalla società Europ Assistance;

CONSIDERATO che la rideterminazione delle sanzioni da comminare alle società Magnolia e Rai, per le violazioni accertate con provvedimento n. 19956 dell'11 giugno 2009, deve avvenire in contraddittorio con le predette imprese;

RITENUTA, pertanto, in ottemperanza alla suddetta sentenza del TAR, la necessità di disporre l'avvio di un'istruttoria al fine di procedere alla rideterminazione delle sanzioni;

DELIBERA

- a) l'avvio del procedimento nei confronti delle società Magnolia S.p.A. e RAI - Radiotelevisione Italiana S.p.A.;
- b) che le Parti possono presentare memorie scritte e documenti entro venti giorni dal ricevimento della comunicazione del presente provvedimento;
- c) che il responsabile del procedimento è la Dott.ssa Maria Laura Altavista;
- d) che l'ufficio presso cui le Parti possono accedere agli atti del procedimento, previa richiesta scritta e contatto telefonico per stabilire le modalità dell'accesso, è la Direzione Comunicazioni della Direzione Generale per la Tutela del Consumatore (tel. 06/85821290). L'accesso potrà essere effettuato direttamente dalle Parti o da persona delegata per iscritto;
- e) che il procedimento si concluderà entro novanta giorni dalla data di protocollo della 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  
*Luigi Fiorentino*

IL PRESIDENTE  
*Antonio Catricalà*

---

**PS4355 - H3G-CONCORSO HAPPY CASH**

*Provvedimento n. 21697*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 ottobre 2010;

SENTITO il Relatore Dottor Antonio Pilati;

VISTO il Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "*Codice del Consumo*", come modificato dal Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 146 (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il "*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette*", adottato con delibera dell'Autorità del 15 novembre 2007, pubblicata nella G.U. n. 283 del 5 dicembre 2007, ed entrato in vigore il 6 dicembre 2007 (di seguito, Regolamento);

VISTI gli atti del procedimento;

**I. LA PARTE**

1. H3G S.p.A. (di seguito anche "H3G") in qualità di professionista ai sensi dell'art. 18, lettera *b*), del Codice del Consumo. La società, attiva nel settore delle telecomunicazioni, ha realizzato, nel 2009, un fatturato di circa 1.692 milioni di euro, con un risultato negativo pari a circa 579 milioni di euro.

**II. LA PRATICA COMMERCIALE**

2. Il procedimento concerne il comportamento posto in essere da H3G con riferimento al gioco a premi denominato "*Happy Cash*", promosso attraverso messaggi *sms* o *e-mail*, inviati agli utenti nei mesi di giugno, luglio e agosto 2009, senza fornire adeguate informazioni in merito alle caratteristiche e ai costi del concorso stesso.

3. In particolare, tramite un messaggio iniziale il professionista lasciava intendere agli utenti che la partecipazione al gioco fosse gratuita, mentre ogni risposta alle domande, fornita dai partecipanti tramite *sms*, implicava in realtà un addebito pari a 1,50 euro.

**III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO****1) L'iter del procedimento**

4. Sulla base delle segnalazioni di alcuni consumatori (di cui due pervenute tramite la Direzione *Contact Center*), ricevute nel periodo giugno-settembre 2009, nonché delle informazioni acquisite da H3G, in data 19 maggio 2010 è stato comunicato al professionista l'avvio del procedimento istruttorio n. PS4355 per presunta violazione degli artt. 20, 21, comma 1, lettere *b*) e *d*), 22, 23, lettera *v*), e 26, lettera *c*), del Codice del Consumo. Contestualmente alla comunicazione di avvio sono state richieste al professionista specifiche informazioni ritenute utili ai fini della valutazione del caso in esame.

5. In data 30 agosto 2010, è stata comunicata alla Parte la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento.

6. Il professionista non ha fornito alcun risconto alla richiesta di informazioni trasmessa unitamente alla comunicazione di avvio del procedimento, né ha presentato memorie difensive.

#### 2) *Le evidenze acquisite*

7. Gli sms promozionali inviati dal numero 4141 sulle utenze H3G recavano diciture quali: *“Inizia a giocare gratis con 3 e potrai vincere 1.000 euro oggi, 20.000 euro domenica e un premio finale di 300.000 euro. Manda SI al 4141. Reg. Tre.it”*.

Altri sms recavano testi del seguente tenore: *“Con 1 solo SMS Boris C. da Bergamo ha vinto 20.000 Euro da 3! Rispondi Sì al 4141 e potresti averli in poche ore! Regolamento: Tre.it”* oppure: *“Questo non è uno scherzo! Con 3 puoi vincere 1.000 Euro stasera, 20.000 euro domenica e 300.000 il 01/08! Rispondi Sì al 4141 e sei automaticamente nel sorteggio! Reg: Tre.it”* o ancora: *“Con 3, 100 euro stanno aspettando il loro proprietario stasera! Potresti essere TU! Rispondi semplicemente SI per poterli VINCERE! Regolamento: tre.it”*.

8. Più precisamente, un primo sms, con cui veniva sollecitata la partecipazione al gioco, enfatizzava le possibilità di vincita limitandosi a indicare al consumatore le modalità di partecipazione e la reperibilità del regolamento sul sito *web* del gestore telefonico. Secondo quanto riportato dai segnalanti e confermato dalla lettura del regolamento, successivamente all’adesione l’utente riceveva un sms di conferma a mezzo del quale veniva informato dell’avvenuto acquisto di un contenuto multimediale e, in seguito, numerosi e persistenti sms, recanti semplici quesiti di cultura generale rispondendo ai quali (sempre tramite sms) si acquistavano ulteriori contenuti multimediali con un addebito pari a 1,50 euro per ciascuna risposta inviata; tale onere non risultava tuttavia menzionato nel messaggio iniziale che, per contro, prospettava la gratuità della partecipazione.

9. La partecipazione ai sorteggi nell’ambito di estrazioni periodiche (giornaliere, settimanali e finale), era inoltre condizionata al punteggio accumulato in base alle risposte corrette inviate. I premi non consistevano in somme di denaro, come lasciava intendere il messaggio iniziale, bensì in buoni acquisto elettronici.

10. Il professionista, che non ha svolto attività difensiva nel corso del procedimento, in sede preistruttoria ha dichiarato che l’iniziativa *“Happy Cash”* era rivolta a tutti i clienti Tre, titolari di abbonamento o di scheda ricaricabile, in regola con i pagamenti; che a seguito dell’adesione l’utente riceveva un sms recante domande a risposta multipla e che ogni risposta esatta attribuiva 10 punti per partecipare alle estrazioni periodiche dei premi. H3G ha inoltre allegato la lista di tutti i vincitori dei premi del concorso precisando che lo stesso è terminato il 1° agosto 2009.

11. La Parte ha altresì riferito che i partecipanti potevano comunque richiedere la cessazione dell’invio dei messaggi mediante un sms al numero 4141 con la sintassi *“STOP”*, oppure non rispondendo agli sms di cui erano destinatari; tali informazioni venivano rilasciate dal Servizio Clienti. Il professionista ha infine escluso che la partecipazione al concorso comportasse l’adesione a un servizio in abbonamento.

#### **IV. PARERE DELL’AUTORITA’ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI**

12. Poiché la pratica commerciale oggetto del presente provvedimento è stata diffusa attraverso mezzi di telecomunicazione, in data 13 settembre 2010 è stato richiesto il parere all’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ai sensi dell’art. 27, comma 6, del Codice del Consumo.

**13.** Con parere del 23 settembre 2010, pervenuto in data 5 ottobre 2010, la suddetta Autorità ha ritenuto che pratica commerciale in esame risulta scorretta ai sensi degli artt. 20, 21, 22, 23 e 26 del Codice del Consumo (delibera n. 504/10/CONS). Infatti, ad avviso della predetta Autorità di settore, la pratica commerciale contestata appare idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta e di comportamento del consumatore cui non sono state fornite idonee informazioni sulle effettive caratteristiche, natura e condizioni economiche previste per il servizio pubblicizzato.

#### V. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

**14.** La pratica commerciale posta in essere da H3G in relazione al concorso “*Happy Cash*” risulta censurabile con riferimento alla prospettazione ingannevole della gratuità della partecipazione al gioco e alle omissioni riscontrate nei messaggi promozionali in ordine alla natura, ai contenuti e alle modalità di funzionamento dell’iniziativa.

**15.** Come sopra riportato, la promozione del concorso “*Happy Cash*” si è realizzata attraverso l’invio di *sms* recanti il testo: “*Inizia a giocare gratis con 3 e potrai vincere 1.000 euro oggi, 20.000 euro domenica e un premio finale di 300.000 euro. Manda SI al 4141. reg. Tre.it*”.

**16.** L’utilizzazione della locuzione “*Inizia a giocare gratis*” risulta ingannevole perché palesemente smentita dall’addebito di 1,50 euro applicato agli utenti sia al momento dell’adesione al gioco, sia per le successive risposte inviate ai quesiti a risposta multipla. La manifesta decettività del messaggio discende, pertanto, dalla stessa non veridicità del vanto di gratuità utilizzato dal professionista e dalla sua conseguente idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore in relazione al servizio offerto, inducendolo ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

**17.** Il generico rinvio al regolamento “*Reg: tre.it*” appare peraltro inidoneo a sanare l’ingannevolezza del messaggio. In primo luogo perché, soprattutto in presenza di *claim* dotati di particolare capacità attrattiva nei confronti del consumatore medio, “la consultazione di atti aggiuntivi è un fatto del tutto eventuale in quanto il destinatario potrebbe fermarsi alla lettura del solo messaggio principale”<sup>1</sup>. In secondo luogo, in quanto il rinvio a fonti ulteriori può – al più – servire a precisare e integrare le affermazioni sintetizzate nel *claim* principale del messaggio promozionale, ma non a smentirle o a privarle di qualunque concreto significato.

**18.** Inoltre, il messaggio lascia intendere al destinatario che l’iniziativa abbia ad oggetto la semplice partecipazione gratuita a un gioco a premi, omettendo per contro, pur nei limiti dello strumento utilizzato (*sms*), qualunque cenno al collegamento tra la partecipazione al gioco e l’acquisto di contenuti multimediali.

**19.** La condotta in esame deve ritenersi, altresì, non conforme al livello di diligenza professionale ragionevolmente esigibile da H3G che, nel caso di specie, in base ai principi di buona fede e correttezza, avrebbe dovuto evitare l’utilizzo improprio e non veritiero del lemma “*gratis*” e fornire al consumatore, pur nei limiti di spazio connaturati a un messaggio *sms*, informazioni

<sup>1</sup> *Ex multis*: provv. n. 21350 del 14 luglio 2010, (PS5487, *Vodafone Tutto internet*), in Boll. n. 28/10; provv. n. 19654 del 19 marzo 2009, (PS160, *Tim Sogno*), in Boll. n. 12/09; provv. n. 19298 del 18 dicembre 2008, (PS540, *Tele2 filtri di utilizzo*), *ivi*, n. 48/08; provv. n. 18575 del 3 luglio 2008, (PS572 *Fastweb apparati in casa d’utente*), *ivi*, n. 26/08. Per la giurisprudenza amministrativa, cfr.: Tar Lazio, sez. I, 29 dicembre 2009, n. 13789; sez. I, 8 aprile 2009, n. 3722; Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2005, n. 2852.

minime sufficienti a chiarire che la partecipazione al gioco implicava l'acquisto di contenuti multimediali.

**20.** Per le suesposte considerazioni, la pratica commerciale posta in essere dal professionista deve ritenersi scorretta ai sensi degli artt. 20, comma 2, 21, comma 1, lettera *d*), 22 e 23, lettera *v*), del Codice del Consumo, in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio attraverso una rappresentazione non veritiera e incompleta dei contenuti, delle finalità e delle condizioni economiche di partecipazione all'iniziativa promozionale del professionista.

## VI. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

**21.** Ai sensi dell'art. 27, comma 9, del Codice del Consumo, con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 500.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

**22.** In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'art. 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689, in virtù del richiamo previsto all'art. 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

**23.** Con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto, nella fattispecie in esame, della particolare ampiezza ed entità del pregiudizio economico per i consumatori potenzialmente derivante dalla pratica commerciale del professionista in ragione della diffusione capillare e reiterata dei messaggi, prevalentemente tramite *sms*, sulle utenze di un elevato numero di clienti.

**24.** Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che la pratica commerciale è stata posta in essere almeno dal mese di giugno 2009 e che la stessa è cessata il 1° agosto 2009.

**25.** In considerazione di tali elementi, si ritiene di determinare l'importo base della sanzione amministrativa pecuniaria nella misura di 100.000 € (centomila euro).

**26.** Peraltro, in considerazione del fatto che il professionista risulta già destinatario di numerosi provvedimenti adottati in applicazione delle disposizioni contenute nella Parte II del Titolo III, Capo II, del Codice del Consumo<sup>2</sup>, si ritiene di aumentare l'importo della sanzione amministrativa a 140.000 € (centoquarantamila euro).

**27.** D'altra parte, in considerazione della situazione economica del professionista, che presenta condizioni economiche non positive con un bilancio in perdita, avendo registrato nel 2009 perdite pari a circa 579 milioni di euro, si ritiene di ridurre l'ammontare della sanzione amministrativa

---

<sup>2</sup> Provv. n. 21501 del 26 agosto 2010 cit.; n. 21256 del 16 giugno 2010, (PS4952, *Concorso a premi Blinkogold*), in Boll., n. 24/10; provv. n. 21036 del 22 aprile 2010, (PS4540, *H3G perdita credito*), ivi, n. 16/10; provv. 20308 n. del 16 settembre 2009, (PS3795, *H3G scadenza credito*), ivi, n. 38/09; provv. n. 20286 del 10 settembre 2009, (PS1217, *Sony Bmg e Neo network -servizi in abbonamento al 48464*), ivi, n. 36/09; provv. n. 20192 del 6 agosto 2009, (PS2690, *Power card-vinci con le witch*), ivi, n. 33/09; provv. n. 19888 del 20 maggio 2009, (PS1140, *Netsize Italy-invio sms non richiesti*), ivi, n. 21/09; provv. n. 19659 del 19 marzo 2009, (PS2010, *H3G One club*), ivi, n. 11/09; provv. n. 19576 del 25 febbraio 2009, (PS1551, *Dada-loghi e suonerie*), ivi, n. 9/09; provv. n. 19448 del 22 gennaio 2009, (PS1468, *It.leo.net-suonerie e loghi*), ivi, n. 4/09; provv. n. 19202 del 26 novembre 2008, (PS1128, *David2 - Promozione servizi a decade "4"*), ivi, n. 45/08; provv. n. 19091 del 5 novembre 2008, (PS557, *H3G, Adsm card modem USB*), ivi, n. 42/08; provv. n. 18779 del 21 agosto 2008, (PS457, *10 sms gratis*), ivi, n. 32/08; provv. n. 18698 del 31 luglio 2008, (PS88, *H3G disattivazione operator lock*), ivi, n. 30/08.

pecuniaria applicabile nei confronti della società H3G S.p.A. ad un importo pari a 110.000 € (centodiecimila euro).

RITENUTO, pertanto, in conformità al parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che la pratica commerciale in esame risulta scorretta ai sensi degli artt. 20, comma 2, 21, comma 1 lettera *d*), 22 e 23, lettera *v*), del Codice del Consumo

#### DELIBERA

a) che la pratica commerciale descritta al punto II del presente provvedimento, posta in essere dalla società H3G S.p.A., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, comma 2, 21, comma 1, lettera *d*), 22 e 23, lettera *v*), del Codice del Consumo, e ne vieta l'ulteriore diffusione;

b) che alla società H3G S.p.A., sia irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria di 110.000 € (centodiecimila euro).

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera b) deve essere pagata entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, con versamento diretto al concessionario del servizio della riscossione oppure mediante delega alla banca o alle Poste Italiane, presentando il modello allegato al presente provvedimento, così come previsto dal Decreto Legislativo 9 luglio 1997, n. 237.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'art. 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

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

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza alla presente delibera l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 150.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

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

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR per il Lazio, ai sensi dell'art. 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, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 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

*Luigi Fiorentino*

IL PRESIDENTE

*Antonio Catricalà*

---

**PS5890 - PRISMA-PUBBLICITÀ FINANZIAMENTI**

*Provvedimento n. 21710*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 ottobre 2010;

SENTITO il Relatore Dottor Antonio Pilati;

VISTO il Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "*Codice del Consumo*", come modificato dal Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 146 (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il "*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette*", adottato con delibera dell'Autorità del 15 novembre 2007, pubblicata nella G.U. n. 283 del 5 dicembre 2007, ed entrato in vigore il 6 dicembre 2007 (di seguito, Regolamento);

VISTI gli atti del procedimento;

**I. LA PARTE**

Prisma S.a.s. di Lupu Radu & C. (di seguito anche "Prisma"), in qualità di professionista, ai sensi dell'articolo 18, lettera *b*), del Codice del Consumo. La società, nell'esercizio chiuso il 31 dicembre 2009, ha realizzato un fatturato pari a 71.290,05 euro ed un utile pari a 37.080,43 euro.

**II. LA PRATICA COMMERCIALE**

1. Il procedimento concerne il comportamento posto in essere dal professionista, consistente nell'aver diffuso, a mezzo stampa, sul periodico "Città Nostra", edizione di Udine, del 19 gennaio 2010, un messaggio volto a pubblicizzare la propria attività concernente l'erogazione di finanziamenti, suscettibile di indurre in errore i destinatari riguardo alle caratteristiche del servizio offerto, alle modalità e alle condizioni economiche alle quali i prestiti vengono effettivamente concessi.

2. Il messaggio, oggetto di una richiesta di intervento pervenuta in data 26 gennaio 2010 da parte di un consumatore, riporta, in via principale, oltre alla denominazione dell'impresa seguita dai corrispondenti riferimenti telefonici e territoriali, un prospetto relativo ai piani di rimborso di alcuni finanziamenti con l'indicazione dei relativi importi e delle singole rate di rimborso in relazione all'arco temporale di restituzione seguito dall'indicazione "*Esempi per cessione di dipendente pubblico con 30 anni e 10 di servizio. Per le condizioni contrattuali è necessario far riferimento ai fogli informativi a disposizione presso la sede della Società. (...) Taeg minimo 7,80% - massimo 13,55%*" e dalla specifica "*Mediazione Creditizia*".

**III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO*****1) L'iter del procedimento***

3. Sulla base di informazioni acquisite ai fini dell'applicazione del Codice del Consumo e della richiesta di intervento agli atti, in data 20 maggio 2010 è stato comunicato al professionista l'avvio

del procedimento istruttorio PS5890 per presunta violazione degli artt. 20, 21 e 22 del Codice del Consumo.

4. In data 4 giugno 2010 la Parte ha depositato memorie difensive.

5. In data 18 giugno 2010 è stata comunicata alla Parte la data di conclusione della fase istruttorio ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento.

#### **2) Le argomentazioni difensive della Parte**

6. Nel corso del procedimento la Parte ha dichiarato che il TAEG dei finanziamenti di cui agli esempi rientra nella forcella indicata e che il messaggio è stato pubblicato solamente nei giorni 19 gennaio e 2 febbraio 2010.

### **IV. PARERE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI**

7. Poiché la pratica commerciale oggetto del presente provvedimento è stata diffusa a mezzo stampa, in data 15 luglio 2010 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'art. 27, comma 6, del Codice del Consumo.

8. Con parere pervenuto in data 30 luglio 2010, la suddetta Autorità ha ritenuto che la pratica commerciale in esame risulta scorretta ai sensi degli artt. 20, 21 e 22 del Codice del Consumo, sulla base delle seguenti considerazioni:

– il messaggio, pur riportando una tabella contenente alcuni “*Esempi prestito*” con le relative rate, non contiene alcuna indicazione che consenta al consumatore di ricavare gli esatti costi dei finanziamenti proposti;

– il profilo di scorrettezza sopra evidenziato assume maggiore rilevanza se messo in correlazione con le omissioni informative che caratterizzano la comunicazione pubblicitaria, con particolare riferimento al TAN (tasso annuo nominale) e al TAEG; la normativa di settore, infatti, impone che in ogni pubblicità di operazioni di credito al consumo il valore del TAEG debba essere chiaramente indicato, in modo da rendere possibile ricavare il costo totale del credito che verrà applicato al consumatore; l'art. 123 del Decreto Legislativo 1 settembre 1993, n. 385, recante il “*Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*”, impone che in ogni pubblicità di operazioni di credito al consumo debba essere chiaramente indicato il costo complessivo del credito, affinché il consumatore possa disporre di informazioni omogenee e attendibili sul costo effettivo del credito stesso e, al contempo, possa raffrontare la convenienza delle diverse offerte di credito presenti sul mercato.

### **V. VALUTAZIONI CONCLUSIVE**

9. Il messaggio in esame lascia intendere la possibilità, tramite la società Prisma, di ottenere prestiti e mutui e prospetta alcuni importi di finanziamenti richiedibili e di singole rate di rimborso, in relazione all'arco temporale di restituzione.

10. Il messaggio, limitandosi a riportare indicazioni relative ad alcuni esempi di finanziamenti e alle relative rate di rimborso, non indica, chiaramente, gli elementi essenziali da cui ricavare gli esatti costi del finanziamento. Infatti, il TAEG, indicatore che consente al consumatore di valutare e calcolare l'esatto importo dell'intera operazione finanziaria, è unicamente indicato attraverso la specifica “*Taeg minimo 7,80% - massimo 13,55%*” e l'espressione appare troppo generica e tale da

non consentire al consumatore un effettivo e valido calcolo circa i costi complessivi dei finanziamenti di cui agli esempi.

11. L'assenza di puntuali indicazioni circa il TAEG non consente quindi al consumatore di effettuare un'adeguata valutazione della effettiva convenienza dell'offerta, perché lo priva della possibilità di avere contezza del costo complessivo dell'operazione, del costo, cioè, inclusivo degli interessi e degli oneri da sostenere per utilizzare il credito.

12. Appare necessario evidenziare, altresì, che il fine promozionale si realizza esclusivamente attraverso il messaggio, il quale esaurisce la sua funzione nell'indurre il destinatario a rivolgersi all'operatore, cosicché non può essere ritenuto idoneo a sanare l'incompletezza delle informazioni fornite al consumatore su elementi essenziali, quali le condizioni economiche di offerta del servizio pubblicizzato, il rinvio a ulteriori fonti informative.

13. Il messaggio in esame, sulla base delle suindicate considerazioni e della debolezza dei destinatari, soggetti che presumibilmente versano in una situazione di particolare debolezza psicologica dovuta alle proprie condizioni economiche, deve ritenersi idoneo, quindi, ad indurre in errore i consumatori in merito alle caratteristiche ed alle condizioni economiche del finanziamento pubblicizzato e, conseguentemente, a pregiudicarne il comportamento economico.

14. Inoltre, tenuto conto della particolare asimmetria informativa che nel settore finanziario caratterizza il rapporto tra operatori economici e consumatori, la condotta della Parte deve ritenersi non conforme al livello di diligenza professionale esigibile, nel caso di specie, in rapporto alla complessità dei servizi offerti e alla conseguente necessità di assicurare ai consumatori un'informazione chiara e completa su elementi essenziali per valutare l'effettiva convenienza della proposta commerciale del professionista.

15. Alla luce delle considerazioni svolte, la pratica commerciale in esame, costituita dal messaggio pubblicitario descritto, risulta pertanto scorretta ai sensi degli articoli 20, comma 2, e 22 del Codice del Consumo, in quanto contraria alla diligenza professionale ed idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio cui è destinata.

## **VI. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE**

16. Ai sensi dell'art. 27, comma 9, del Codice del Consumo, con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 500.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

17. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'art. 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

18. Con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto, nella fattispecie in esame, dell'entità complessiva del pregiudizio potenziale per i consumatori e, in particolar modo, della debolezza dei destinatari, soggetti che presumibilmente versano in una situazione di particolare debolezza psicologica dovuta alle proprie condizioni economiche, nonché della dimensione economica del professionista. Sotto il profilo dell'ampiezza della diffusione e della capacità di penetrazione del

messaggio, occorre considerare che il messaggio risulta diffuso (sul periodico “Città Nostra”, edizione di Udine) a livello locale.

19. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che il messaggio è stato diffuso nelle date del 19 gennaio e 2 febbraio 2010.

20. In considerazione di tali elementi, si ritiene congruo determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile alla società Prisma S.a.s. di Lupu Radu & C. nella misura di 21.000 € (ventunomila euro).

RITENUTO, pertanto, in conformità al parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che la pratica commerciale in esame risulta scorretta, in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea ad indurre in errore i consumatori in ordine alle caratteristiche ed alle condizioni economiche del finanziamento offerto;

#### DELIBERA

a) che la pratica commerciale descritta al punto II del presente provvedimento, posta in essere dalla società Prisma S.a.s. di Lupu Radu & C., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, comma 2, e 22 del Codice del Consumo, e ne vieta l'ulteriore diffusione;

b) che alla società Prisma S.a.s. di Lupu Radu & C. sia irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria di 21.000 € (ventunomila euro).

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera b) deve essere pagata entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, con versamento diretto al concessionario del servizio della riscossione oppure mediante delega alla banca o alle Poste Italiane, presentando il modello allegato al presente provvedimento, così come previsto dal Decreto Legislativo 9 luglio 1997, n. 237.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'art. 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

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

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza alla presente delibera l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 150.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

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

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'art. 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, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 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

*Luigi Fiorentino*

IL PRESIDENTE

*Antonio Catricalà*

---

**PS5892 - GR IMMOBILIARE-PUBBLICITÀ FINANZIAMENTI***Provvedimento n. 21711*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 ottobre 2010;

SENTITO il Relatore Dottor Antonio Pilati;

VISTO il Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante “*Codice del Consumo*”, come modificato dal Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 146 (di seguito, *Codice del Consumo*);

VISTO il “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette*”, adottato con delibera dell’Autorità del 15 novembre 2007, pubblicata nella G.U. n. 283 del 5 dicembre 2007, ed entrato in vigore il 6 dicembre 2007 (di seguito, *Regolamento*);

VISTI gli atti del procedimento;

**I. LA PARTE**

Sig. Giuseppe Romano, titolare dell’impresa individuale G.R. Immobiliare, in qualità di professionista, ai sensi dell’articolo 18, lettera b), del *Codice del Consumo*. L’impresa, nell’esercizio chiuso il 31 dicembre 2008, ha realizzato un fatturato pari a 75.542 euro ed un reddito pari a 25.807 euro.

**II. LA PRATICA COMMERCIALE**

1. Il procedimento concerne il comportamento posto in essere dal professionista, consistente nell’aver diffuso, a mezzo stampa, sul periodico “*Attico*”, edizione di Napoli, del 30 marzo 2010, un messaggio volto a pubblicizzare la propria attività concernente l’erogazione di finanziamenti, suscettibile di indurre in errore i destinatari riguardo alle caratteristiche del servizio offerto, alle modalità e alle condizioni economiche alle quali i prestiti vengono effettivamente concessi.

2. Il messaggio, oggetto di una richiesta di intervento pervenuta in data 7 aprile 2010 da parte di un consumatore, riporta, in via principale, oltre alla denominazione dell’impresa seguita dai corrispondenti riferimenti telefonici e territoriali, un esempio relativo ad un piano di rimborso di un finanziamento con l’indicazione del relativo importo e delle singole rate in relazione all’arco temporale di restituzione. Il messaggio riporta, inoltre, le indicazioni “*Cessione del quinto: per dipendenti pubblici, privati, pensionati; importo fino € 80.000; tasso fisso; tempi di rimborso da 24 a 120 mesi; anche in presenza di altri prestiti e mutui nessun problema per protestati e cattivi pagatori. Consolidamento: raggruppamento dei vari prestiti in un unico prodotto finanziario. Mutui: servizio di consulenza qualificata su misura per ogni cliente; tasso al 2,25%; durata dai 10 ai 50 anni; (...) convenzionati con i migliori istituti bancari. Prestito personale: consulenza personalizzata*”.

### III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

#### 1) *L'iter del procedimento*

3. Sulla base di informazioni acquisite ai fini dell'applicazione del Codice del Consumo e della richiesta di intervento agli atti, in data 20 maggio 2010 è stato comunicato al professionista l'avvio del procedimento istruttorio PS5892 per presunta violazione degli artt. 20, 21 e 22 del Codice del Consumo.

4. In data 7 giugno 2010 la Parte ha depositato memorie difensive.

5. In data 18 giugno 2010 è stata comunicata alla Parte la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento.

#### 2) *Le argomentazioni difensive della Parte*

6. Nel corso del procedimento la Parte ha dichiarato di svolgere prevalentemente attività di intermediazione per la compravendita e la locazione di immobili, non provvedendo direttamente all'erogazione di finanziamenti, ma limitandosi ad esercitare attività di mera mediazione; ha inoltre dichiarato che il messaggio è stato diffuso sul periodico "Attico", edizione di Napoli, del 30 marzo 2010, del 15 e del 30 aprile 2010.

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

7. Poiché la pratica commerciale oggetto del presente provvedimento è stata diffusa a mezzo stampa, in data 15 luglio 2010 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'art. 27, comma 6, del Codice del Consumo.

8. Con parere pervenuto in data 30 luglio 2010, la suddetta Autorità ha ritenuto che la pratica commerciale in esame risulta scorretta ai sensi degli artt. 20, 21 e 22 del Codice del Consumo, sulla base delle seguenti considerazioni:

– il messaggio oggetto della richiesta di intervento risulta idoneo a trarre in inganno i destinatari in merito alla qualifica dell'operatore pubblicitario, poiché induce nel lettore il convincimento che la società possa provvedere direttamente alla prestazione dei finanziamenti pubblicizzati, laddove, in realtà, essa svolge unicamente attività di mediazione creditizia;

– il messaggio non contiene alcuna indicazione che consenta al consumatore di ricavare gli esatti costi dei finanziamenti proposti; inoltre l'intera impostazione del messaggio può essere interpretata nel senso di poter facilmente e rapidamente ottenere ciò che tramite gli altri canali è normalmente precluso, mentre il mediatore creditizio, per sua natura, non può assicurare a coloro che richiedono prestiti la concreta possibilità di ottenere la concessione del finanziamento;

– il profilo di scorrettezza sopra evidenziato assume maggiore rilevanza se messo in correlazione con le omissioni informative che caratterizzano la comunicazione pubblicitaria, con particolare riferimento al TAN (tasso annuo nominale) e al TAEG; la normativa di settore, infatti, impone che in ogni pubblicità di operazioni di credito al consumo il valore del TAEG debba essere chiaramente indicato, in modo da rendere possibile ricavare il costo totale del credito che verrà applicato al consumatore; l'art. 123 del Decreto Legislativo 1 settembre 1993, n. 385, recante il "Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia", impone che in ogni pubblicità di operazioni di credito al consumo debba essere chiaramente indicato il costo complessivo del credito, affinché il consumatore possa disporre di informazioni omogenee e attendibili sul costo

effettivo del credito stesso e, al contempo, possa raffrontare la convenienza delle diverse offerte di credito presenti sul mercato.

## V. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

9. Il messaggio in esame lascia intendere la possibilità, tramite l'impresa "G.R. Immobiliare", di ottenere finanziamenti in via diretta e prospetta un finanziamento richiedibile con le singole rate di rimborso, in relazione all'arco temporale di restituzione.

10. In realtà, il professionista non eroga direttamente i finanziamenti pubblicizzati, ma è abilitato a svolgere unicamente attività di mediazione creditizia. Pertanto, il messaggio oggetto del procedimento risulta idoneo a trarre in inganno i destinatari in merito alla qualifica dell'operatore pubblicitario, poiché induce nel lettore il convincimento che l'impresa sia in grado di provvedere direttamente alla prestazione dei finanziamenti reclamizzati, laddove, in realtà, essa svolge unicamente attività di mediazione creditizia.

11. L'attività di "*mediazione creditizia*" presuppone che coloro i quali avanzino richieste di finanziamento non abbiano, in realtà, alcuna certezza circa la tempistica e la concreta possibilità di ottenere il prestito, in considerazione del fatto che il finanziamento viene erogato da un ente terzo. Sotto tale aspetto il messaggio appare omissivo, non specificando che l'effettiva erogazione del finanziamento è rimessa all'ente erogante e pertanto non può essere garantita. Appare necessario rilevare, oltretutto, in questo contesto, che, nel provvedimento del 29 aprile 2005 emanato dall'Ufficio Italiano dei Cambi<sup>1</sup>, nella *Parte IV* dedicata alle *Disposizioni in materia di trasparenza*, al punto 7, si precisa che i mediatori creditizi, negli annunci pubblicitari, devono indicare chiaramente che il servizio offerto si limita alla messa in relazione di banche ed intermediari finanziari con la clientela al fine della concessione di finanziamenti in quanto tale servizio non garantisce l'effettiva erogazione del finanziamento richiesto.

12. Il messaggio, limitandosi a riportare indicazioni relative ad un finanziamento ed alle relative rate di rimborso, non indica, tuttavia, chiaramente, gli elementi essenziali da cui ricavare gli esatti costi del finanziamento. Infatti, il TAEG, indicatore che consente al consumatore di valutare e calcolare l'esatto importo dell'intera operazione finanziaria, non viene in alcun modo indicato.

13. L'assenza di indicazioni circa il TAEG non consente quindi al consumatore di effettuare un'adeguata valutazione della effettiva convenienza dell'offerta, perché lo priva della possibilità di avere contezza del costo complessivo dell'operazione, del costo, cioè, inclusivo degli interessi e degli oneri da sostenere per utilizzare il credito.

14. Il messaggio in esame, sulla base delle suindicate considerazioni e della debolezza dei destinatari, soggetti che presumibilmente versano in una situazione di particolare debolezza psicologica dovuta alle proprie condizioni economiche, deve pertanto ritenersi idoneo ad indurre in errore i consumatori in merito alle caratteristiche e alle condizioni economiche del finanziamento pubblicizzato, nonché alla natura del professionista.

15. Inoltre, tenuto conto della particolare asimmetria informativa che nel settore finanziario caratterizza il rapporto tra operatori economici e consumatori, la condotta della Parte deve ritenersi non conforme al livello di diligenza professionale esigibile, nel caso di specie, in rapporto alla

---

<sup>1</sup> Cfr. provv. 29-4-2005 - *Istruzioni per i mediatori creditizi*, pubblicato in Gazz. Uff. del 20 maggio 2005, n. 116, emanato dall'Ufficio Italiano Cambi.

complessità dei servizi offerti e alla conseguente necessità di assicurare ai consumatori un'informazione chiara e completa su elementi essenziali per valutare l'effettiva convenienza della proposta commerciale del professionista.

16. Pertanto, alla luce delle considerazioni svolte, la pratica commerciale in esame, costituita dal messaggio pubblicitario descritto, risulta scorretta ai sensi degli articoli 20, comma 2, e 22 del Codice del Consumo, in quanto contraria alla diligenza professionale ed idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio cui è destinata.

## **VI. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE**

17. Ai sensi dell'art. 27, comma 9, del Codice del Consumo, con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 500.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

18. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'art. 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

19. Con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto, nella fattispecie in esame, dell'entità complessiva del pregiudizio potenziale per i consumatori e, in particolar modo, della debolezza dei destinatari, soggetti che presumibilmente versano in una situazione di particolare debolezza psicologica dovuta alle proprie condizioni economiche nonché della dimensione economica del professionista. Sotto il profilo dell'ampiezza della diffusione e della capacità di penetrazione del messaggio, occorre considerare che il messaggio risulta diffuso (sul periodico "Attico", edizione di Napoli) a livello locale.

20. Per quanto riguarda poi la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che il messaggio è stato diffuso il 30 marzo 2010, il 15 ed il 30 aprile 2010.

21. In considerazione di tali elementi, si ritiene congruo determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile al Sig. Giuseppe Romano, titolare dell'impresa individuale G.R. Immobiliare, nella misura di 21.000 euro.

RITENUTO, pertanto, in conformità al parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che la pratica commerciale in esame risulta scorretta in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea ad indurre in errore i consumatori in ordine alle caratteristiche e alle condizioni economiche del finanziamento, nonché alla natura del professionista;

## **DELIBERA**

a) che la pratica commerciale descritta al punto II del presente provvedimento, posta in essere dal Sig. Giuseppe Romano, titolare dell'impresa individuale G.R. Immobiliare, costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, comma 2, e 22 del Codice del Consumo, e ne vieta l'ulteriore diffusione;

b) che al Sig. Giuseppe Romano, titolare dell'impresa individuale G.R. Immobiliare, sia irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria di 21.000 € (ventunomila euro).

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera b) deve essere pagata entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, con versamento diretto al concessionario del servizio della riscossione oppure mediante delega alla banca o alle Poste Italiane, presentando il modello allegato al presente provvedimento, così come previsto dal Decreto Legislativo 9 luglio 1997, n. 237.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'art. 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

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

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza alla presente delibera l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 150.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

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

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'art. 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, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 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  
*Luigi Fiorentino*

IL PRESIDENTE  
*Antonio Catricalà*

---

**PS5893 - MILLEMUTUI-PUBBLICITÀ FINANZIAMENTI**

*Provvedimento n. 21712*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 ottobre 2010;

SENTITO il Relatore Dottor Antonio Pilati;

VISTO il Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "*Codice del Consumo*", come modificato dal Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 146 (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il "*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette*", adottato con delibera dell'Autorità del 15 novembre 2007, pubblicata nella G.U. n. 283 del 5 dicembre 2007, ed entrato in vigore il 6 dicembre 2007 (di seguito, Regolamento);

VISTI gli atti del procedimento;

**I. LA PARTE**

Mercorio & Montanino S.r.l. (di seguito anche "Mercorio e Montanino"), in qualità di professionista, ai sensi dell'articolo 18, lettera *b*), del Codice del Consumo. La società, nell'esercizio chiuso il 31 dicembre 2009, ha realizzato un fatturato pari a € 317.041 ed un utile pari a 31.685 euro.

**II. LA PRATICA COMMERCIALE**

1. Il procedimento concerne il comportamento posto in essere dal professionista, consistente nell'aver diffuso, a mezzo stampa, sul periodico "Attico", edizione di Napoli, del 30 marzo 2010, un messaggio volto a pubblicizzare la propria attività concernente l'erogazione di finanziamenti, suscettibile di indurre in errore i destinatari riguardo alle caratteristiche del servizio offerto, alle modalità e alle condizioni economiche alle quali vengono effettivamente concessi.

2. Il messaggio, oggetto di una richiesta di intervento pervenuta in data 7 aprile 2010 da parte di un consumatore, riporta, in via principale, oltre alla denominazione dell'impresa seguita dai corrispondenti riferimenti telefonici e territoriali, un prospetto relativo ai piani di rimborso di alcuni finanziamenti con l'indicazione dei relativi importi e delle singole rate di rimborso in relazione all'arco temporale di restituzione, seguito dalle indicazioni "*tasso fisso dal 4,30%*" e "*tasso variabile 1,35%*". Il messaggio, inoltre, riporta, rispetto al predetto prospetto, nella parte sopra, l'indicazione del numero d'iscrizione all'UIC e le specifiche "*Millemutui. I migliori finanziamenti bancari*", "*il mutuo confezionato per te*" e "*Selezionato con la nostra esperienza nelle migliori Banche, a tassi esclusivi ed esito immediato, per l'intero prezzo d'acquisto dell'immobile e per la sua ristrutturazione o costruzione, per l'estinzione di altri mutui e prestiti e per ogni altra esigenza. Tu hai solo il piacere di scegliere!*" e, in quella sotto, i loghi di alcuni tra i principali operatori bancari.

### III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

#### 1) *L'iter del procedimento*

3. Sulla base di informazioni acquisite ai fini dell'applicazione del Codice del Consumo e della richiesta di intervento agli atti, in data 20 maggio 2010 è stato comunicato al professionista l'avvio del procedimento istruttorio PS5893 per presunta violazione degli artt. 20, 21 e 22 del Codice del Consumo.

4. In data 7 e 17 giugno 2010 la Parte ha depositato memorie difensive.

5. In data 18 giugno 2010 è stata comunicata alla Parte la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento.

#### 2) *Le argomentazioni difensive della Parte*

6. Nel corso del procedimento la Parte ha dichiarato:

- che le condizioni economiche dei finanziamenti offerti risultano riassunte in uno schema indicante il migliore dei tassi fissi ed il migliore di quelli variabili;
- di svolgere attività di mediazione creditizia, non erogando, quindi, direttamente, il finanziamento e che ciò è facilmente desumibile dall'apposizione, nella pagina pubblicitaria, dei loghi degli istituti di credito con essa convenzionati che risultano chiaramente ivi stampati in calce;
- che a richiesta specifica del consumatore che abbia fornito tutti i documenti attestanti le condizioni necessarie per l'ottenimento del mutuo, è possibile ottenere il c.d. "esito immediato" della richiesta nell'arco di circa un'ora, in quanto detti documenti possono essere trasmessi anche telematicamente all'istituto di credito erogante;
- che il messaggio pubblicitario in questione è stato pubblicato sul periodico a partire dal 15 gennaio 2010 fino alla fine del mese di giugno 2010.

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

7. Poiché la pratica commerciale oggetto del presente provvedimento è stata diffusa a mezzo stampa, in data 15 luglio 2010 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'art. 27, comma 6, del Codice del Consumo.

8. Con parere pervenuto in data 30 luglio 2010, la suddetta Autorità ha ritenuto che la pratica commerciale in esame risulta scorretta ai sensi degli artt. 20, 21 e 22 del Codice del Consumo, sulla base delle seguenti considerazioni:

- nel messaggio pubblicitario contestato non è specificata la natura dell'operatore pubblicitario; dalla documentazione versata in atti e, in particolare dalle memorie difensive presentate dal professionista, è emerso che la società in questione, titolare del logo "*Millemutui*", è iscritta all'albo dei mediatori creditizi tenuto presso l'Ufficio Italiano dei Cambi; di conseguenza, il messaggio oggetto della richiesta di intervento risulta idoneo a trarre in inganno i destinatari in merito alla qualifica dell'operatore pubblicitario, poiché induce nel lettore il convincimento che la società possa provvedere direttamente alla prestazione dei finanziamenti pubblicizzati, laddove, in realtà, essa svolge unicamente attività di mediazione creditizia;
- il messaggio, pur riportando una tabella contenente alcuni "*Esempi a tasso fisso*" di prestiti con le relative rate di rimborso, non contiene alcuna indicazione che consenta al consumatore di ricavare gli esatti costi dei finanziamenti proposti, anche con riferimento alle spese accessorie di

mediazione; inoltre, la locuzione presente nel messaggio "*esito immediato*" può essere interpretata nel senso di poter facilmente e rapidamente ottenere ciò che tramite gli altri canali è normalmente precluso, mentre il mediatore creditizio, per sua natura, non può assicurare a coloro che richiedono prestiti la concreta possibilità di ottenere la concessione del finanziamento e, per di più, in tempi rapidi;

– il profilo di scorrettezza sopra evidenziato assume maggiore rilevanza se messo in correlazione con le omissioni informative che caratterizzano la comunicazione pubblicitaria, con particolare riferimento al TAN (tasso annuo nominale) e al TAEG; la normativa di settore, infatti, impone che in ogni pubblicità di operazioni di credito al consumo il valore del TAEG debba essere chiaramente indicato, in modo da rendere possibile ricavare il costo totale del credito che verrà applicato al consumatore; l'art. 123 del Decreto Legislativo 1 settembre 1993, n. 385, recante il "*Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*", impone che in ogni pubblicità di operazioni di credito al consumo debba essere chiaramente indicato il costo complessivo del credito, affinché il consumatore possa disporre di informazioni omogenee e attendibili sul costo effettivo del credito stesso e, al contempo, possa raffrontare la convenienza delle diverse offerte di credito presenti sul mercato.

## V. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

9. Il messaggio in esame lascia intendere la possibilità, tramite la Mercorio & Montanino, di ottenere finanziamenti in via diretta e prospetta taluni importi di finanziamenti richiedibili e di singole rate di rimborso, in relazione all'arco temporale di restituzione.

10. In realtà, il professionista non eroga direttamente i finanziamenti pubblicizzati, ma è abilitato a svolgere unicamente attività di mediazione creditizia. Pertanto, il messaggio oggetto del procedimento risulta idoneo a trarre in inganno i destinatari in merito alla qualifica dell'operatore pubblicitario, poiché induce nel lettore il convincimento che l'impresa sia in grado di provvedere direttamente alla prestazione dei finanziamenti reclamizzati, laddove, in realtà, essa svolge unicamente attività di mediazione creditizia.

11. L'attività di "*mediazione creditizia*" presuppone che coloro i quali avanzino richieste di finanziamento non abbiano, in realtà, alcuna certezza circa la tempistica e la concreta possibilità di ottenere il prestito in considerazione del fatto che il finanziamento viene erogato da un ente terzo. Sotto tale aspetto il messaggio appare omissivo, non specificando che l'effettiva erogazione del finanziamento è rimessa all'ente erogante e pertanto non può essere garantita. Appare necessario rilevare, oltretutto, in questo contesto, che, nel provvedimento del 29 aprile 2005 emanato dall'Ufficio Italiano dei Cambi<sup>1</sup>, nella *Parte IV* dedicata alle *Disposizioni in materia di trasparenza*, al punto 7, si precisa che i mediatori creditizi, negli annunci pubblicitari, debbano indicare chiaramente che il servizio offerto si limita alla messa in relazione di banche ed intermediari finanziari con la clientela al fine della concessione di finanziamenti, in quanto tale servizio non garantisce l'effettiva erogazione del finanziamento richiesto.

12. Né vale ad inficiare tale argomentazione l'indicazione del numero d'iscrizione all'"*UIC*", in quanto si tratta di indicazione comprensibile solo per chi abbia reale dimestichezza con la

---

<sup>1</sup> Cfr. provv. del 29 aprile 2005 - *Istruzioni per i mediatori creditizi*, pubblicato in Gazz. Uff. del 20 maggio 2005, n. 116, emanato dall'Ufficio Italiano Cambi.

disciplina del credito e sia in grado di decifrarla come adempimento all'obbligo, imposto *ex lege* agli esercenti attività di mediazione creditizia, di rendere noti nella pubblicità a mezzo stampa gli estremi dell'iscrizione nell'apposito Albo tenuto presso la Banca d'Italia.

13. Il messaggio, limitandosi a riportare indicazioni relative ad alcuni esempi di finanziamenti e alle relative rate di rimborso, non indica, tuttavia, chiaramente, gli elementi essenziali da cui ricavare gli esatti costi del finanziamento. Infatti, l'indicazione "*tasso fisso dal 4,30 %*" appare troppo generica e tale da non consentire al consumatore un effettivo e valido calcolo circa i costi complessivi dei finanziamenti di cui agli esempi.

14. L'assenza di puntuali indicazioni circa il costo del finanziamento non consente quindi al consumatore di effettuare un'adeguata valutazione della effettiva convenienza dell'offerta, perché lo priva della possibilità di avere contezza del costo complessivo dell'operazione, del costo, cioè, inclusivo degli interessi e degli oneri da sostenere per utilizzare il credito.

15. Il messaggio in esame, sulla base delle suindicate considerazioni, deve pertanto ritenersi idoneo ad indurre in errore i consumatori in merito alle caratteristiche e alle condizioni economiche del finanziamento pubblicizzato, nonché alla natura del professionista.

16. Inoltre, tenuto conto della particolare asimmetria informativa che nel settore finanziario caratterizza il rapporto tra operatori economici e consumatori, la condotta della Parte deve ritenersi non conforme al livello di diligenza professionale esigibile, nel caso di specie, in rapporto alla complessità dei servizi offerti e alla conseguente necessità di assicurare ai consumatori un'informazione chiara e completa su elementi essenziali per valutare l'effettiva convenienza della proposta commerciale del professionista.

17. Pertanto, alla luce delle considerazioni svolte, la pratica commerciale in esame, costituita dal messaggio pubblicitario descritto, risulta scorretta ai sensi degli articoli 20, comma 2, e 22 del Codice del Consumo, in quanto contraria alla diligenza professionale ed idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio cui è destinata.

## **VI. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE**

18. Ai sensi dell'art. 27, comma 9, del Codice del Consumo, con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 500.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

19. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'art. 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

20. Con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto, nella fattispecie in esame, dell'entità complessiva del pregiudizio potenziale per i consumatori e, in particolar modo, della debolezza dei destinatari, soggetti che presumibilmente versano in una situazione di particolare debolezza psicologica dovuta alle proprie condizioni economiche, nonché della dimensione economica del professionista. Sotto il profilo dell'ampiezza della diffusione e della capacità di penetrazione del messaggio occorre considerare che il messaggio risulta diffuso (sul periodico "Attico", edizione di Napoli) a livello locale.

21. Per quanto riguarda poi la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che il messaggio è stato diffuso da metà gennaio 2010 a fine giugno 2010.

22. In considerazione di tali elementi, si ritiene congruo determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile alla Mercorio & Montanino S.r.l. nella misura di 26.000 € (ventiseimila euro).

RITENUTO, pertanto, in conformità al parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sulla base delle considerazioni suesposte, che la pratica commerciale in esame risulta scorretta in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea ad indurre in errore i consumatori in ordine alle caratteristiche e alle condizioni economiche del finanziamento, nonché alla natura del professionista;

### DELIBERA

a) che la pratica commerciale descritta al punto II del presente provvedimento, posta in essere dalla società Mercorio & Montanino S.r.l., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, comma 2, e 22 del Codice del Consumo, e ne vieta l'ulteriore diffusione;

b) che alla società Mercorio & Montanino S.r.l. sia irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria di 26.000 € (ventiseimila euro).

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera b) deve essere pagata entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, con versamento diretto al concessionario del servizio della riscossione oppure mediante delega alla banca o alle Poste Italiane, presentando il modello allegato al presente provvedimento, così come previsto dal Decreto Legislativo 9 luglio 1997, n. 237.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'art. 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

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

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza alla presente delibera l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 150.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

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

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'art. 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, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 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

*Luigi Fiorentino*

IL PRESIDENTE

*Antonio Catricalà*

---

**PS5930 - H3G-SHOCK BILLING IN ROAMING**

*Provvedimento n. 21713*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 ottobre 2010;

SENTITO il Relatore Dottor Antonio Pilati;

VISTO il Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante “*Codice del Consumo*”, come modificato dal Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 146 (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette*”, adottato con delibera dell’Autorità del 15 novembre 2007, pubblicata nella G.U. n. 283 del 5 dicembre 2007, ed entrato in vigore il 6 dicembre 2007 (di seguito, Regolamento);

VISTI gli atti del procedimento;

**I. LA PARTE**

H3G S.p.A. (di seguito anche “H3G”), società che opera nel mercato italiano della telefonia mobile di terza generazione (UMTS) e che rappresenta il quarto gestore di telefonia mobile nazionale, offrendo servizi di videocomunicazione, accessi veloci ad Internet, TV digitale mobile ed una gamma di contenuti (come TV, musica, giochi, notizie), oltre ai tradizionali servizi di telefonia mobile. I ricavi di H3G nell’esercizio 2009 ammontano a circa 1.692 milioni di euro (con un perdite pari a circa 579 milioni di euro).

**II. LA PRATICA COMMERCIALE**

1. Il presente procedimento concerne il comportamento posto in essere da H3G, nella sua qualità di professionista ai sensi dell’articolo 18, lettera *b*), del Codice del Consumo, consistente nel non aver fornito agli utenti sottoscrittori dei piani tariffari in abbonamento denominati “*Tre Dati*”, “*Tre Dati Time*” e dell’opzione “*Naviga 3*” informazioni rilevanti onde consentire di evitare l’effettuazione inconsapevole di traffico dati al di sopra della soglia prevista dal piano/opzione tariffaria prescelto.

2. Inoltre, il professionista non ha implementato in maniera compiuta e diligente le misure predisposte al fine di evitare che i suddetti utenti generassero traffico dati per importi elevati (o, comunque, “anomali”, alla luce delle soglie massime di spesa fissate dallo stesso operatore).

**III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO*****A) L’iter del procedimento***

3. Sulla base di informazioni acquisite ai fini dell’applicazione del Codice del Consumo nonché di varie segnalazioni, pervenute tra i mesi di febbraio 2009 e giugno 2010, da parte di alcuni consumatori (sette delle quali tramite la Direzione Contact Center dell’Autorità), e relative all’addebito di importi, talvolta molto rilevanti, per l’effettuazione di traffico dati tramite telefono cellulare o chiavetta USB, prevalentemente in *roaming* nazionale e/o internazionale, in data 18

maggio 2010 è stato comunicato a H3G S.p.A. l'avvio del procedimento istruttorio PS5930, per presunta violazione degli articoli 20, 22, 24 e 25 del Codice del Consumo.

4. Nell'ambito della comunicazione di avvio del procedimento, gli Uffici dell'Autorità hanno formulato una richiesta di informazioni a cui il professionista ha dato riscontro mediante una memoria, corredata di diversi allegati, pervenuta in data 10 giugno 2010.

5. In data 7 luglio 2010 è stato richiesto al professionista, ai sensi dell'art. 27, comma 5, del Codice del Consumo, e dell'art. 15 del Regolamento, di fornire prove sull'esattezza materiale dei dati di fatto connessi alla pratica commerciale oggetto di istruttoria.

6. Il professionista ha risposto alla suddetta comunicazione con una nota pervenuta in data 21 luglio 2010.

7. Il 27 luglio 2010 è stata comunicata alle parti la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento.

#### ***B) Le evidenze acquisite***

8. Nel corso della fase preistruttoria, in data 12 maggio 2010, gli Uffici dell'Autorità hanno acquisito agli atti del procedimento alcune pagine del sito *internet* del professionista riguardanti le condizioni economiche applicabili a taluni piani tariffari.

9. In allegato alla memoria del 10 giugno 2010<sup>1</sup>, H3G ha fornito documentazione comprendente le fatture inviate ad un campione dei clienti segnalanti nel periodo oggetto di istruttoria e una tabella riguardante il traffico c.d. extrasoglia effettuato dai suddetti clienti nel periodo febbraio 2009 – aprile 2010.

#### ***C) Le argomentazioni difensive della parte***

10. Nell'ambito della memoria del 10 giugno 2010, H3G ha preliminarmente descritto le caratteristiche e condizioni economiche applicabili ai piani tariffari denominati "3 Dati", "3 Dati.Time" (poi rimodulato in "3 Dati.Large"), nonché all'opzione tariffaria "Naviga 3".

11. In particolare, i suddetti piani tariffari, così come l'opzione "Naviga 3", prevedono l'applicazione di una tariffa più conveniente per l'effettuazione di traffico dati sotto copertura della rete di H3G (sia in Italia che nei Paesi ove sono attive società *partner* di H3G). L'applicazione di tale tariffa è però limitata al traffico dati effettuato al di sotto di una determinata soglia mensile o settimanale (calcolata in minuti/ore di connessione, *Mega/Gigabytes* "scaricati" o sotto forma di "scatto" da 1 *GigaByte*). Al superamento della soglia in questione (ovvero in caso di mancata copertura della rete H3G) il traffico dati viene tariffato ad un prezzo significativamente più elevato, potendo – quindi – dar luogo al fenomeno della fatturazione di importi molto rilevanti (c.d. "*shock billing*").

12. Il professionista ha sottolineato che solo il traffico dati effettuato sotto copertura della rete di H3G (in Italia) o di una società *partner* (all'estero) è conteggiato nelle soglie di traffico previste dalle proprie offerte e ha poi aggiunto che, in caso di navigazione sotto una delle predette reti, è previsto l'invio ai consumatori di tre *sms* di avviso (*alert*). Segnatamente, i suddetti *sms* vengono inviati al verificarsi delle seguenti situazioni: a) quando il consumatore giunga ad un consumo pari

---

<sup>1</sup> Doc. n. 17 del fascicolo istruttorio.

all'85% della soglia prevista per il proprio piano tariffario<sup>2</sup>; b) ove tale soglia venga superata<sup>3</sup>; c) nel caso in cui lo "scatto" previsto dal piano sia stato consumato<sup>4</sup>.

**13.** Per quanto riguarda gli strumenti a disposizione degli utenti per verificare il quantitativo di traffico dati effettuato e le ore di connessione consumate, H3G ha rappresentato di aver dotato tutti i propri *modem* di un *software* (c.d. "*Dashboard*") che indica il traffico dati generato, sia in termini di tempo che di *KBytes*. Tale quantitativo di traffico è tuttavia indicato a puro scopo informativo, potendo differire da quello effettivo (che è quello sulla cui base vengono calcolati gli importi fatturati). Inoltre, il professionista ha predisposto, presso l'"Area Clienti 133" del sito *internet www.tre.it*, un sistema di c.d. "*Self Care*" attraverso il quale è possibile in ogni momento verificare il traffico dati effettuato, sia in termini di tempo che di *KBytes*, con un aggiornamento che interviene ogni trenta minuti. Il quantitativo dei dati scambiati può essere infine verificato, oltre che mediante consultazione della pagina "Info Costi" localizzata nell'ambito dell'"Area Clienti 133" del sito *internet www.tre.it*, attraverso il contatore dati presente in basso a destra sul *monitor* del *computer*.

**14.** In aggiunta a quanto precede, H3G ha comunicato che ad ogni cliente viene associato in automatico un valore massimo di spesa, all'approssimarsi e/o al superamento del quale scattano diverse tipologie di allarme. In particolare, ai consumatori titolari di contratti in abbonamento che effettuino traffico oltre una soglia c.d. di "preallarme" (denominata "*Shadow Limit*" e corrispondente al 75% del suddetto valore massimo di spesa) viene inviato un *sms* che avverte che si sta effettuando del traffico per un importo "anomalo" e che per qualsiasi informazione è attivo un numero dedicato. Ai clienti postpagati *consumer* che non contattino il numero in questione e continuino ad effettuare traffico viene sospeso il funzionamento della *USIM card* non appena viene raggiunta una seconda soglia (denominata "*Credit Limit*"). Ove, a seguito della sospensione, i suddetti soggetti si rivolgano al *call center* dedicato, essi vengono dirottati su una apposita "coda" che effettua un'analisi specifica della situazione e valuta la riattivazione immediata della *USIM* o la riattivazione subordinata ad una richiesta di garanzie (ad esempio un anticipo su fattura).

**15.** Il professionista ha poi rappresentato che, a partire dal 1° luglio 2010, in ottemperanza alle vigenti disposizioni europee,<sup>5</sup> verrà implementata una soglia di blocco del traffico dati effettuato in *roaming* nell'ambito dell'Unione europea (i.e. da uno Stato membro dell'Unione europea a un altro), corredata dall'invio di diversi messaggi di *alert*. Diversamente, per quanto riguarda il traffico dati effettuato in *roaming* internazionale fuori zona Unione europea, non è prevista l'implementazione di alcun messaggio di *alert*.

**16.** In proposito, H3G ha anche richiamato l'articolo 18.4 delle Condizioni Generali di Contratto, a mente del quale "*3*" potrà inoltre sospendere, in tutto o in parte, i servizi *UMTS* e/o i Servizi *Televisivi* qualora siano riscontrati incrementi del volume di traffico, che "*3*" stessa ritenga anomali, rispetto al traffico pregresso. "*3*" in tali casi contatterà il cliente per verificare le ragioni

<sup>2</sup> Esempio: "InfoSoglie: stai per esaurire la soglia prevista dal Piano Tre.Time Large. Per consultare consumi e costi visita Area Clienti 133 su *www.tre.it*".

<sup>3</sup> Esempio: "ATTENZIONE! Hai superato la soglia prevista dal Piano Tre.Time Large. Continua a navigare sotto rete 3 al costo di 1,20E/h. Info in Area Clienti su *www.tre.it*".

<sup>4</sup> Esempio: "ATTENZIONE! Hai esaurito l'ora di traffico Internet acquistata. Continua a navigare sotto rete 3 al costo di 1,20E/h. Info in AreaClienti 133 su *www.tre.it*".

<sup>5</sup> Contenute essenzialmente nel Regolamento n. 717/2007/CE, come modificato e integrato dal Regolamento n.

dell'anomalia riscontrata e riattiverà i servizi UMTS e/o i Servizi Televisivi sospesi, successivamente all'intervenuto rilascio da parte del cliente delle garanzie eventualmente richieste da "3"”.

17. Infine, il professionista ha comunicato che il numero di reclami pervenuti in relazione alle condotte oggetto di istruttoria nel periodo febbraio-ottobre 2009 è pari a [1.000-1.500]<sup>6</sup>.

18. Per quanto riguarda gli elementi richiesti nell'ambito della comunicazione di attribuzione dell'onere della prova del 7 luglio 2010<sup>7</sup>, con memoria del 21 luglio 2010<sup>8</sup>, H3G ha precisato - senza allegare alcun elemento o documento a riscontro delle proprie affermazioni - che i piani tariffari oggetto di istruttoria prevedono già di per sé l'invio degli sms di alert indicati nella memoria del 10 giugno 2010. Tuttavia, il professionista non ha predisposto un sistema di archiviazione delle prove della relativa ricezione da parte dei clienti né è - a suo dire - in grado di fornire una dimostrazione dell'invio dei suddetti sms ai consumatori, in quanto i dati di rete vengono cancellati dai sistemi DWH dopo 6 mesi in ottemperanza alle vigenti disposizioni normative in materia di tutela della privacy.

19. Il professionista ha anche osservato che, per tutti i clienti indicati nella richiesta di informazioni contenuta nella comunicazione di avvio del procedimento, sono state regolarmente stabilite le soglie di traffico denominate “Shadow Limit” e “Credit Limit” (con il correlato invio degli sms di alert descritti in precedenza) ed è stata prevista la sospensione dell'utenza al raggiungimento del “Credit Limit” assegnato.

20. Più specificamente, H3G ha indicato il valore delle soglie in questione con riguardo a ciascuno dei suddetti segnalanti (con una sola eccezione)<sup>9</sup> e la data a partire dalla quale il funzionamento delle relative USIM è stato (eventualmente) sospeso.

21. Dall'insieme degli elementi prodotti dal professionista emerge, tuttavia, che, nonostante un “Credit Limit” fissato a 600 euro, il sig. [omissis] si è visto recapitare, in data, 15 febbraio 2009, una fattura per a 5.987,29 euro (di cui 4.989,41 euro per traffico dati effettuato all'estero); nonostante un “Credit Limit” fissato a 600 euro, il sig. [omissis] si è visto recapitare, in data, 15 marzo 2009, una fattura per a 5.140,24 euro (di cui 5.076,66 euro per traffico dati effettuato all'estero); nonostante un “Credit Limit” fissato a 250 euro, la sig.ra [omissis] si è vista recapitare, in data, 15 giugno 2009, una fattura per a 2.048,98 euro (di cui 2.052,91 euro per traffico dati effettuato all'estero, da cui sono stati poi stornati 5,20 euro); nonostante un “Credit Limit” fissato a 250 euro, il sig. [omissis] si è visto recapitare, in data, 15 maggio 2009, una fattura per a 10.654,06 euro (di cui 8.761,95 euro per traffico dati effettuato all'estero).]

---

544/2009/CE.

<sup>6</sup> Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

<sup>7</sup> Volta a ottenere dal professionista prove sull'esattezza dei dati di fatto consistenti: (i) nell'invio ai consumatori, su base sistematica, degli sms descritti in precedenza; b); (ii) in relazione ai consumatori indicati nella richiesta di informazioni contenuta nella comunicazione di avvio del presente procedimento, nell'avvenuta determinazione dei relativi limiti massimi di spesa nonché nell'invio degli sms di cui sopra e nell'eventuale adozione delle misure di salvaguardia ivi elencate (sospensione delle USIM); (iii) nell'avvenuta pubblicazione, sul sito internet [www.tre.it](http://www.tre.it), delle condizioni tariffarie relative al piano “Tre.Dati”, ivi incluse quelle relative al traffico effettuato in caso di superamento della soglia eventualmente prevista nonché al traffico generato in situazione di roaming; (iv) nella conferma che, anteriormente al 1° luglio 2010, non era previsto l'invio di alcun messaggio di alert ai consumatori che avessero effettuato traffico “anomalo” in situazione di roaming all'interno dell'Unione europea e che non è a tutt'oggi previsto l'invio di alcun messaggio di alert per coloro che effettuino traffico “anomalo” in situazione di roaming internazionale.

<sup>8</sup> Doc. n. 19 del fascicolo istruttorio.

<sup>9</sup> Rappresentata dal sig. [omissis].

22. Relativamente alla pubblicazione sul sito *internet* dell'operatore delle condizioni tariffarie del piano "Tre.Dati", il professionista ha indicato il sito [http://www.tre.it/public/scheda\\_piano.php?idp=28&idOF=22&ref=28\\_1&type=X,Y](http://www.tre.it/public/scheda_piano.php?idp=28&idOF=22&ref=28_1&type=X,Y) facendo anche riferimento, per quanto riguarda le tariffe applicate in *roaming*, alla pagina *web* [http://www.tre.it/public/Tariffe\\_Estero.php](http://www.tre.it/public/Tariffe_Estero.php).

23. Infine, H3G ha confermato che, anteriormente al 1° luglio 2010, non era previsto alcun *alert* per il caso di effettuazione di traffico "anomalo" all'interno dell'Unione europea e che ancora oggi non è previsto alcun *alert* per chi effettua rilevanti quantitativi di traffico in *roaming* internazionale *extra* U.E.

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

24. Poiché la pratica commerciale oggetto del presente provvedimento è stata diffusa anche a mezzo del sito *internet* del professionista, in data 11 agosto 2010 è stato richiesto il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'art. 27, comma 6, del Codice del Consumo.

25. Con parere pervenuto in data 5 ottobre 2010, la suddetta Autorità ha ritenuto che la pratica commerciale in esame risulta scorretta ai sensi degli articoli 20, 22, 24 e 25 del Codice del Consumo, considerato che il professionista non risulta aver correttamente adempiuto all'onere probatorio, essendosi "limitato a produrre informazioni di carattere generale relativamente alle modalità di pubblicizzazione e di avvertenza dei servizi di cui all'oggetto, mentre l'attribuzione dell'onere della prova da parte dell'Autorità era intesa a evidenziare se l'operatore in questione avesse adoperato la massima diligenza nel rendere edotti i consumatori relativamente alle condizioni economiche applicabili in caso di superamento del quantitativo di traffico dati acquistato in abbonamento".

#### V. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

26. La pratica commerciale oggetto di valutazione si compone di diverse condotte poste in essere da H3G - tra loro funzionalmente collegate - consistenti in omissioni informative e comportamenti non diligenti a danno degli utenti sottoscrittori dei piani tariffari in abbonamento denominati "Tre Dati" e "Tre Dati Time", nonché dell'opzione "Naviga 3"<sup>10</sup>.

27. Più specificamente, H3G non ha fornito agli utenti di cui sopra informazioni rilevanti al fine di consentire a questi ultimi di evitare la generazione inconsapevole di traffico dati al di sopra della soglia prevista dal relativo piano/opzione tariffaria e non ha implementato in maniera compiuta e diligente le misure previste al fine di evitare che i medesimi utenti effettuassero traffico dati per importi elevati (o, comunque, "anomali", alla luce delle soglie massime di spesa prefissate dall'operatore).

---

<sup>10</sup> Come in precedenza rilevato, i suddetti piani e opzioni tariffarie prevedono l'applicazione di una tariffa più conveniente per l'effettuazione di traffico dati sotto copertura della rete di H3G (sia in Italia che nei Paesi partner), purché si rimanga al di sotto di una determinata soglia mensile o settimanale (calcolata in minuti/ore di connessione, Mega/Gigabytes "scaricati" o sottoforma di "scatto" da 1 Gigabyte). Al superamento della soglia in questione (o in caso di mancata copertura della rete H3G) l'utente può comunque effettuare la navigazione, ma al traffico effettuato a partire da quel momento viene applicata una tariffa significativamente più cara.

**28.** Con riguardo alle suddette condotte, occorre preliminarmente osservare che l'effettuazione inconsapevole di rilevanti quantitativi di traffico dati, con il connesso invio di fatture per importi elevati (c.d. "*shock billing*"), rappresenta una tematica che è da tempo all'attenzione degli operatori attivi nel settore della telefonia mobile e della navigazione *internet* in mobilità ed è stata oggetto di diversi approfondimenti istruttori di questa Autorità, che ha - *inter alia* - già ampiamente stigmatizzato la mancata predisposizione di strumenti attraverso i quali i consumatori possano verificare, autonomamente e in tempo reale, il traffico generato e il livello della propria spesa<sup>11</sup>.

**29.** La problematica in questione assume una rilevanza ancor maggiore qualora la navigazione in *internet* sia effettuata in *roaming* internazionale<sup>12</sup> (ipotesi oggetto di diverse segnalazioni pervenute nell'ambito del presente procedimento), situazione in cui le tariffe applicate dagli operatori sono generalmente più elevate e il monitoraggio della propria spesa da parte degli utenti è meno agevole<sup>13</sup>.

**30.** Venendo al caso di specie, occorre rilevare che - secondo quanto affermato dal professionista<sup>14</sup> - gli utenti di H3G potrebbero verificare il quantitativo di traffico effettuato (sia in termini di tempo di connessione che di *KBytes* scambiati) attraverso uno specifico *software* installato sul proprio terminale (c.d. "*Dashboard*") e mediante un sistema di c.d. "*Self Care*" (attivo presso l'"Area Clienti 133" del sito *internet* [www.tre.it](http://www.tre.it)). Il quantitativo dei dati scambiati potrebbe essere anche verificato, oltre che mediante consultazione della pagina "Info Costi" localizzata nell'ambito dell'"Area Clienti 133" del sito *internet* [www.tre.it](http://www.tre.it), attraverso il contatore dati presente in basso a destra sul *monitor* del *computer*<sup>15</sup>.

**31.** Tuttavia, per stessa ammissione del professionista<sup>16</sup>, il quantitativo di traffico indicato dal "Dashboard" può differire da quello effettivo, che rappresenta la base di calcolo degli importi in concreto fatturati. Pertanto, esso non può rappresentare un parametro di riferimento attendibile, tale da consentire ai consumatori di effettuare le proprie decisioni di spesa in maniera informata e pienamente consapevole.

**32.** Per quanto riguarda il sistema di "*Self Care*" *internet*, deve osservarsi che lo stesso rappresenta uno strumento di consultazione meramente eventuale da parte dell'utente e che i dati ivi rinvenibili non sono aggiornati in tempo reale, bensì solo ogni mezz'ora, intervallo temporale nel cui ambito può essere effettuato - soprattutto in caso di navigazione *extra-soglia* o in *roaming* internazionale - traffico dati per importi assai significativi.

**33.** Relativamente al contatore presente sul *monitor* del *computer*, si rileva che esso riveste un'utilità ridotta per gli utenti, in quanto, *inter alia*: (i) la comprensione delle indicazioni di dettaglio ivi riportate richiede una dimestichezza con le unità di misura dei dati telematici (espresse in *Bytes* e relativi multipli) e un'abilità di calcolo che non può considerarsi propria del

<sup>11</sup> Per quanto riguarda specificamente H3G, si veda il Prov. n. 19091 del 05 novembre 2008, caso PS557 "*H3G - ADSM CARD MODEM USB*", in Boll. n. 42/08.

<sup>12</sup> Al di fuori dei Paesi in cui siano attive società partner di H3G.

<sup>13</sup> Dovendo normalmente sopportare costi più elevati per accedere ad *internet* o per comunicare con i call center localizzati in Italia.

<sup>14</sup> Cfr. doc. n. 17 del fascicolo istruttorio.

<sup>15</sup> Per quanto riguarda la verifica della copertura della propria rete, H3G ha affermato di aver dotato gli strumenti hardware forniti agli utenti (i.e., telefoni cellulari, modem, chiavette USB etc.) di appositi segnali, quali led luminosi o indicazioni a display della rete attiva.

<sup>16</sup> Cfr. punto n. 3 del doc. 17 del fascicolo istruttorio.

consumatore medio; (ii) non indica la porzione del traffico sotto soglia che è già stata erosa, quella residua e le eventuali ore eccedenti la soglia mensile che siano state eventualmente consumate.

**34.** In un siffatto contesto - in cui gli utenti sottoscrittori dei piani e opzioni tariffarie oggetto di istruttoria potrebbero non disporre di dati sufficientemente affidabili e/o aggiornati circa il quantitativo di traffico dati effettuato e il proprio livello di spesa - appare pertanto fondamentale che: (i) questi ultimi siano informati in tempo reale circa l'approssimarsi e l'avvenuto superamento della soglia di traffico applicabile al piano da essi sottoscritto; e (ii) che l'operatore implementi un efficace meccanismo "di sicurezza" per evitare il verificarsi del fenomeno dello "shock billing".

**35.** Al riguardo, il professionista ha rappresentato<sup>17</sup>, in primo luogo, di aver adottato un sistema che prevede l'invio ai propri utenti di tre sms di *alert*, al verificarsi delle seguenti situazioni: a) quando il consumatore giunga ad un consumo pari all'85% della soglia prevista per il proprio piano tariffario; b) ove tale soglia venga superata; c) nel caso in cui lo "scatto" previsto dal piano sia stato consumato.

**36.** L'invio di tali sms appare particolarmente rilevante ai fini della scelta che il consumatore è chiamato ad effettuare in merito all'effettuazione/ prosecuzione della navigazione "oltre soglia". L'approssimarsi o il superamento del limite in questione avviene, infatti, in corso di navigazione, quando, cioè, l'utente medio è verosimilmente impegnato nella consultazione di siti *internet* (o in altre attività effettuabili *online*) e può non avvedersi in tempo utile dell'avvenuto passaggio alla tariffa meno conveniente.

**37.** Sennonché, dalle segnalazioni ricevute da parte dei consumatori<sup>18</sup> risulta che gli sms in questione non sono stati inviati o, per lo meno, non lo sono stati su base sistematica. Di conseguenza, gli Uffici dell'Autorità hanno provveduto a richiedere al professionista di fornire elementi di prova, *inter alia*, in merito all'invio ai consumatori, su base sistematica, degli sms in questione.

**38.** In risposta alla suddetta richiesta<sup>19</sup>, H3G si è limitata ad osservare - senza fornire alcun riscontro concreto alle proprie affermazioni - che i piani tariffari oggetto di istruttoria prevedono l'invio degli sms sopra descritti. Il professionista ha inoltre precisato di non aver predisposto un sistema per l'archiviazione delle prove dell'avvenuta ricezione di tali sms da parte dei clienti e di non essere - a suo dire - in grado di fornire una dimostrazione dell'invio dei suddetti sms ai consumatori, in quanto i dati di rete vengono cancellati dai sistemi DWH dopo 6 mesi in ottemperanza alle vigenti disposizioni normative in materia di tutela della *privacy*.

**39.** Quanto precede non appare idoneo ad avvalorare l'avvenuto invio, in maniera sistematica, degli sms in esame e non può pertanto ritenersi sufficiente a comprovare l'esattezza dei dati di fatto connessi alla pratica commerciale comunicati da H3G, ai sensi dell'articolo 27, comma 5, del Codice del Consumo.

**40.** La mera indicazione che i piani tariffari oggetto di istruttoria prevedono l'invio degli sms di cui sopra non appare infatti decisiva in tal senso, in quanto non fornisce alcun riscontro circa il fatto che il suddetto invio sia concretamente avvenuto (e, per giunta, in maniera sistematica).

**41.** Inoltre, non può rappresentare una giustificazione alla mancata presentazione di elementi idonei a dimostrare l'avvenuto invio di tali sms la circostanza che i dati di rete vengano cancellati

<sup>17</sup> Cfr. doc. n. 17 del fascicolo istruttorio.

<sup>18</sup> Docc. da 1 a 13, 15 e 16 del fascicolo istruttorio. Cfr., in particolare, docc. n. 5, 6, 16.

<sup>19</sup> Cfr. doc. n. 19 del fascicolo istruttorio.

dai sistemi DWH dopo 6 mesi in ottemperanza alle vigenti disposizioni normative in materia di tutela della *privacy*. Infatti, la richiesta degli Uffici dell'Autorità<sup>20</sup> non era limitata agli *sms* inviati in un periodo specifico (anteriore di più di sei mesi rispetto alla richiesta) e neppure a quelli inviati ai soli consumatori segnalanti, essendo bensì diretta ad ottenere la prova dell'invio sistematico dei suddetti *sms* a tutti gli utenti di H3G, prova che avrebbe potuto essere fornita anche mediante il deposito di tabulati riguardanti un campione significativo di *sms* inviati in un arco temporale recente. Né è stata prodotta documentazione contabile sui costi sopportati per l'invio dei suddetti *sms* ai clienti.

**42.** In secondo luogo, il professionista ha affermato di aver adottato un meccanismo "di sicurezza" per evitare il fenomeno dello "*shock billing*", incentrato sulla previsione di due soglie massime di spesa, denominate "*Shadow Limit*" e "*Credit Limit*".

**43.** In via incidentale, va osservato che il suddetto sistema assolve ad una funzione simile a quella svolta dalle cautele imposte dal nuovo articolo 6 *bis* del Regolamento 717/2007/CE, come modificato dal Regolamento 544/2009/CE, il cui ambito di applicazione è tuttavia meno esteso, essendo limitato, dal punto di vista territoriale, al solo traffico effettuato in *roaming* internazionale all'interno dell'Unione Europea e, dal punto di vista temporale, al periodo successivo al 1° luglio 2010.

**44.** Tuttavia, anche a prescindere dalle disposizioni dei Regolamenti 717/2007/CE e 544/2009/CE, si ritiene che la previsione e la corretta implementazione di soglie massime di spesa per tutelare i consumatori dalla generazione inconsapevole di traffico dati per importi rilevanti e/o "anomali" (in qualsiasi modo o in qualsiasi Paese essa avvenga), rappresenti un comportamento a cui H3G era tenuta, alla luce della particolare rilevanza della problematica cui si intende porre rimedio (testimoniata dall'elevato numero di reclami ricevuti da H3G<sup>21</sup> e dall'entità del pregiudizio che il fenomeno può causare ai singoli consumatori) e in virtù dello specifico dovere di diligenza professionale imposto ai professionisti dal Codice del Consumo (comportamento a cui peraltro - almeno in linea astratta - H3G ha inteso conformarsi ben prima dell'entrata in vigore delle disposizioni in questione).

**45.** Inoltre, il sistema di soglie previsto da H3G, da un lato, è incompleto, in quanto non prevede l'invio di alcun messaggio di *alert* a chi effettui rilevanti quantitativi di traffico in *roaming* internazionale *extra* U.E.

**46.** D'altro lato, tale sistema risulta essere stato applicato dal professionista senza la dovuta diligenza. Con riguardo ai consumatori segnalanti, si consideri ad esempio - per citare solo i casi più rilevanti - che nonostante un "*Credit Limit*" fissato a 600 euro, il sig. [omissis] si è visto recapitare, in data, 15 febbraio 2009, una fattura per a 5.987,29 euro (di cui 4.989,41 euro per traffico dati effettuato all'estero); nonostante un "*Credit Limit*" fissato a 600 euro, il sig. [omissis] si è visto recapitare, in data, 15 marzo 2009, una fattura per a 5.140,24 euro (di cui 5.076,66 euro per traffico dati effettuato all'estero); nonostante un "*Credit Limit*" fissato a 250 euro, la sig.ra [omissis] si è vista recapitare, in data, 15 giugno 2009, una fattura per a 2.048,98 euro (di cui 2.052,91 euro per traffico dati effettuato all'estero, da cui sono stati poi stornati 5,20 euro); nonostante un "*Credit Limit*" fissato a 250 euro, il sig. [omissis] si è visto recapitare, in data, 15

<sup>20</sup> Cfr, sezione n. III, lett. b), punto i. della comunicazione di attribuzione dell'onere della prova (doc. n. 18 del fascicolo istruttorio).

<sup>21</sup> Pari a [1000-1500] nel solo periodo febbraio - ottobre 2009.

maggio 2009, una fattura per 10.654,06 euro (di cui 8.761,95 euro per traffico dati effettuato all'estero).

**47.** In tutti i casi in questione, quindi, la concreta applicazione delle soglie "di sicurezza" effettuata da H3G, con la connessa sospensione del funzionamento delle USIM coinvolte, secondo quanto affermato dal professionista in risposta alla comunicazione di attribuzione dell'onere della prova del 7 luglio 2010 si è rivelata completamente inadeguata ad evitare che gli utenti generassero traffico dati per importi molto rilevanti e, in molti casi, non ha neppure indotto l'operatore ad annullare o ricalcolare le somme dovute dagli utenti, che sono state regolarmente fatturate.

**48.** In altri termini, gli elementi forniti dal professionista non consentono di affermare l'esattezza dei dati di fatto connessi alla pratica commerciale comunicati da H3G nell'ambito della memoria del 10 giugno 2010, con la conseguenza che essi vanno considerati inesatti ai sensi dell'articolo 27, comma 5, del Codice del Consumo.

**49.** A ciò si aggiunga che, dalle segnalazioni ricevute, non risulta neppure che H3G abbia proceduto, come previsto dall'articolo 18.4 delle condizioni generali di contratto, a contattare i clienti responsabili del traffico dati "anomalo" per verificarne le ragioni, il che rappresenta un'ulteriore conferma del comportamento poco diligente tenuto dal professionista nella fattispecie.

### **Conclusioni**

**50.** In conclusione, in parziale conformità al parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, la pratica commerciale descritta al titolo II del presente provvedimento è ritenuta scorretta ai sensi degli articoli 20 e 22 del Codice del Consumo, in quanto è stata posta in essere secondo modalità contrarie alla diligenza professionale ed è idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio che essa raggiunge.

**51.** Con riguardo alla violazione dell'articolo 22 del Codice del Consumo - non avendo il professionista ottemperato alla richiesta di cui alla sezione III, lettera b), punto i. della comunicazione di attribuzione dell'onere della prova inviata il 7 luglio 2010 - deve ritenersi che H3G abbia omesso di fornire ai consumatori sottoscrittori dei piani e opzioni tariffarie oggetto di istruttoria informazioni chiare e tempestive circa l'approssimarsi e l'avvenuto superamento della soglia di traffico dati prevista.

**52.** Trattasi di un'omissione particolarmente rilevante, in quanto concernente elementi fondamentali ai fini dell'effettuazione, da parte dei consumatori, di scelte tempestive e pienamente consapevoli circa l'opportunità di effettuare o continuare la generazione di traffico dati.

**53.** Con riguardo alla violazione dell'art. 20 del Codice del Consumo, si ritiene che le condotte poste in essere da H3G siano idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio che raggiungono.

**54.** In particolare, non si riscontra da parte di H3G il normale grado di competenza e attenzione che ragionevolmente ci si poteva attendere da essa, anche avuto riguardo alle caratteristiche dell'attività svolta.

**55.** Giova al riguardo rammentare, conformemente ad un consolidato orientamento dell'Autorità, che in settori caratterizzati da continua evoluzione tecnologica, è naturale che l'asimmetria informativa esistente tra consumatore e professionista si acuisca, e che, pertanto, l'onere di diligenza gravante su quest'ultimo debba essere costantemente adeguato. Più specificamente, la normativa in materia di pratiche commerciali scorrette richiede ai "professionisti" l'adozione di

modelli di comportamento che tengano conto non solo del quadro regolamentare di riferimento, ove esistente, ma anche dell'esperienza propria del settore di attività e delle finalità di tutela perseguite dal Codice del Consumo, ove concretamente esigibili in un'ottica di bilanciamento tra la libertà dell'iniziativa imprenditoriale, l'esigenza di libera circolazione delle merci e il diritto del consumatore a determinarsi consapevolmente nelle proprie scelte di natura economica nel contesto di un mercato concorrenziale.

**56.** In settori come quello in esame può dunque affermarsi l'esistenza di una "posizione di garanzia" o "dovere di protezione" del professionista, inteso come *standard* di diligenza particolarmente elevato, che va al di là dei canoni civilistici.

**57.** Nella fattispecie, quindi, non solo H3G avrebbe dovuto prevedere (come ha, sia pure in maniera incompleta, fatto) un sistema di soglie di sicurezza e misure di blocco delle USIM dei clienti che effettuino quantitativi di traffico "anomali", ma avrebbe anche dovuto applicarlo scrupolosamente, il che - come già osservato in precedenza - non è avvenuto.

**58.** Analogamente, in ottemperanza al disposto delle Condizioni generali di contratto da esso stesso predisposte, il professionista avrebbe dovuto tempestivamente contattare gli utenti responsabili di tale traffico "anomalo" per verificare le condizioni in cui tale traffico è stato realizzato e il livello di consapevolezza dell'utente, il che non è accaduto. Al contrario, risulta dalle segnalazioni pervenute e dagli elementi raccolti in corso di istruttoria che H3G abbia proceduto all'emissione automatica delle fatture a carico dei suddetti utenti, anche per importi pari a diverse migliaia di Euro, senza premurarsi di effettuare alcun contatto preventivo con questi ultimi.

## VI. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

**59.** Ai sensi dell'art. 27, comma 9, del Codice del Consumo, con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 500.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

**60.** In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'art. 11 della legge n. 689/81, in virtù del richiamo previsto all'art. 27, comma 13, del Codice del Consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

**61.** Con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto nella fattispecie in esame del fatto che H3G rappresenta un operatore di rilevanti dimensioni, avendo generato nel 2009 un fatturato pari a 1.692 milioni di euro.

**62.** Con riguardo alla penetrazione della pratica commerciale in esame presso i consumatori, si osserva che la stessa è stata elevata, avendo riguardato tutti i sottoscrittori dei piani/opzioni tariffarie oggetto di istruttoria, vale a dire - nel periodo febbraio 2009-aprile 2010 - diverse centinaia di migliaia di utenti<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Cfr. punto n. 8 della memoria di H3G dell'11 giugno 2010 (doc. n. 17 del fascicolo istruttorio).

**63.** Relativamente al danno arrecato ai consumatori, si rileva che la pratica commerciale è idonea a generare un pregiudizio economico rilevante, com'è dimostrato dall'entità delle somme fatturate da H3G ad alcuni dei consumatori segnalanti<sup>23</sup>.

**64.** Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che la pratica commerciale è stata posta in essere dal febbraio 2009 almeno sino all'aprile 2010.

**65.** Alla luce di quanto precede, si ritiene di determinare l'ammontare base della sanzione da irrogare a H3G in 200.000 € (duecentomila euro).

**66.** Considerato, inoltre, che H3G risulta già destinataria di numerosi provvedimenti adottati ai sensi del Codice del Consumo<sup>24</sup>, alcuni dei quali relativi a fattispecie assimilabili a quelle oggetto del presente procedimento<sup>25</sup>, si ritiene congruo irrogare una sanzione pecuniaria pari a 240.000 € (duecentoquarantamila euro).

**67.** In considerazione della situazione economica del professionista, che presenta condizioni economiche non positive, con un bilancio in perdita per circa 579 milioni di euro, si ritiene di ridurre l'ammontare della sanzione ad un importo pari a 210.000 € (duecentodiecimila euro).

RITENUTO, pertanto, sulla base delle considerazioni suesposte e in parziale conformità al parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, che la pratica commerciale in esame risulta scorretta ai sensi degli articoli 20 e 22 del Codice del Consumo;

#### DELIBERA

a) che la pratica commerciale descritta al punto II del presente provvedimento, posta in essere dalla società H3G S.p.A., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli articoli 20 e 22 del Codice del Consumo, e ne vieta l'ulteriore diffusione;

b) che alla società H3G S.p.A. sia irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria di 210.000 € (duecentodiecimila euro).

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera b) deve essere pagata entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, con versamento diretto al concessionario del servizio della riscossione oppure mediante delega alla banca o alle Poste Italiane, presentando il modello allegato al presente provvedimento, così come previsto dal Decreto Legislativo 9 luglio 1997, n. 237.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'art. 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo

<sup>23</sup> Cfr. *supra*, punto n. 46.

<sup>24</sup> Cfr. provv. n. 19202 del 26 novembre 2008, "*David2 - Promozione servizi a 'decade 4'*", in Boll. n. 45/08; provv. n. 18951 del 2 ottobre 2008, "*Neomobile suonerie gratis*", in Boll. n. 37/08; provv. n. 18779 del 21 agosto 2008, "*10 SMS gratis*", cit.; provv. n. 17856 del 10 gennaio 2008, "*Moby Dada Net/Brani musicali gratis sul cellulare*", in Boll. n. 1/08.

alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

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

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza alla presente delibera l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 150.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

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

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'art. 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, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 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

*Luigi Fiorentino*

IL PRESIDENTE

*Antonio Catricalà*

---

<sup>25</sup> Provv. n. 19091 del 05 novembre 2008, caso PS557 - "H3G - ADSM CARD MODEM USB", in Boll. n. 42/08.

**PS6086 - DVD PRICE.IT-INFORMAZIONI SU GARANZIA**

*Provvedimento n. 21722*

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 13 ottobre 2010;

SENTITO il Relatore Dottor Salvatore Rebecchini;

VISTO il Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "Codice del Consumo", come modificato dal Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 146 (di seguito, Codice del Consumo);

VISTO il "*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette*", adottato con delibera dell'Autorità del 15 novembre 2007, pubblicata nella G.U. n. 283 del 5 dicembre 2007, ed entrato in vigore il 6 dicembre 2007 (di seguito, Regolamento);

VISTI gli atti del procedimento;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento PS6086 dell'11 agosto 2010, volto a verificare l'esistenza di pratiche commerciali scorrette in violazione degli articoli 20, 21, comma 1, lettera g), e 22 del Codice del Consumo, poste in essere dal Sig. Antonino Gaspare Cuzzola, titolare dell'impresa individuale Dvdprice.it (di seguito, "Dvdprice");

VISTE le memorie presentate da Dvdprice, pervenute in data 13 settembre 2010;

CONSIDERATO quanto segue:

**I. FATTO**

1. Secondo informazioni acquisite d'ufficio ai fini dell'applicazione del Codice del Consumo Dvdprice avrebbe diffuso informazioni ingannevoli sul proprio sito internet in merito ai diritti dei consumatori in materia di garanzia legale di conformità.
2. In particolare, da rilevazioni compiute in data 28 maggio e 29 luglio 2010, sul sito *www.dvdprice.it* gestito dal professionista, alla pagina "*Condizioni di vendita*", sotto l'intestazione "*Condizioni spedizione e Garanzia prodotti*", sono riportate le seguenti frasi: "*Per usufruire della garanzia sugli articoli acquistati bisogna inviare una mail indicando numero ordine, data ordine, difetto riscontrato a [reclami@dvdprice.it](mailto:reclami@dvdprice.it) [...] L'eventuale malfunzionamento dei prodotti dovrà essere segnalato entro dieci (10) giorni dalla ricezione della merce. Le spese di restituzione del bene al mittente restano a carico del Cliente*" (sottolineatura aggiunta).
3. Sulla base delle informazioni acquisite in atti, in data 11 agosto 2010, è stato avviato il procedimento istruttorio PS6086, ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del Consumo, nonché ai sensi dell'art. 6 del Regolamento, al fine di verificare l'esistenza di pratiche commerciali scorrette in violazione degli articoli 20, 21, comma 1, lettera g), e 22 del Codice del Consumo.
4. Parte del procedimento, in qualità di professionista, è il Sig. Antonino Gaspare Cuzzola, titolare dell'impresa individuale Dvdprice.it.
5. Contestualmente alla comunicazione di avvio del procedimento, la parte è stata invitata, ai sensi dell'art. 9, comma 2, del Regolamento, a presentare memorie scritte e documenti entro 15 giorni

dal suo ricevimento, al fine della valutazione dei presupposti per la sospensione provvisoria delle pratiche, ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del Consumo.

6. In sintesi, i comportamenti oggetto di contestazione come “*pratiche commerciali*” consistono in informazioni ingannevoli con riferimento all'estensione temporale e alle modalità di esercizio dei diritti spettanti al consumatore in base alla disciplina prevista dagli artt. 130 e seguenti del Codice del Consumo in tema di garanzia legale di conformità.

In particolare, l'indicazione di un termine di dieci giorni dalla ricezione della merce per la segnalazione, da parte dell'acquirente, dell'eventuale malfunzionamento dei prodotti acquistati online sul sito internet del professionista appare in contrasto con l'art. 132, comma 2, del Codice del Consumo, a norma del quale la denuncia al venditore del difetto di conformità deve essere effettuata dal consumatore “*entro il termine di due mesi dalla data in cui ha scoperto il difetto*”. Inoltre, l'indicazione del medesimo termine di dieci giorni dal ricevimento della merce per la segnalazione al professionista di eventuali difetti o malfunzionamenti, è suscettibile di indurre in errore il consumatore medio con riferimento all'effettiva durata della garanzia legale, che l'art. 132, comma 1, del Codice del Consumo stabilisce nella misura di due anni a decorrere dalla consegna del prodotto.

## II. MEMORIE DELLE PARTI

7. A seguito della comunicazione di avvio del procedimento dell'11 agosto 2010, con riferimento al procedimento cautelare, sono state prodotte memorie difensive da parte di Dvdprice, pervenute in data 13 settembre 2010.

8. Dall'esame delle memorie delle parti, emerge che:

- per evitare eventuali errori, lo stesso professionista aveva copiato le norme relative alla vendita dei prodotti tratti via internet da un “*famoso e conosciuto portale di vendita online di elettronica*” (non specificato);
- nelle volte in cui al professionista è stato richiesto di sostituire un prodotto difettoso lo stesso ha provveduto subito alla sostituzione;
- il contenuto della pagina è stato modificato, come può essere verificato;
- la ditta fa parte dell'Associazione Italiana del Commercio Elettronico (AICEL), la quale ha verificato e controllato in ogni sua parte il sito *www.dvdprice.it* ed ha rilasciato il certificato n. 332 del sito *www.sonosicuro.it*.

9. In data 14 settembre sono state acquisite d'ufficio dal sito *www.dvdprice.it* le pagine relative alle “condizioni di vendita”. Sotto l'intestazione “condizioni spedizione e garanzia prodotti”, si legge tra l'altro: “*Per usufruire della garanzia sugli articoli acquistati bisogna inviare una e-mail indicando numero ordine, data ordine, difetto riscontrato a [reclami@dvdprice.it](mailto:reclami@dvdprice.it) Il nostro servizio assistenza provvederà a riparare o sostituire il prodotto difettoso e rispedirlo al vostro indirizzo. La garanzia non sarà invece applicabile in caso di negligenza, incuria nell'uso e nella manutenzione del prodotto, di collegamento di quanto acquistato ad impianti elettrici o di qualsiasi altro tipo di collegamento non a norma. Le sostituzioni in caso di DOA (Dead On Arrival: prodotto non funzionante alla prima accensione), fatta salva la sussistenza dei presupposti per l'applicazione del DLgs n. 24/02, dovranno essere segnalate entro 10 (dieci) giorni dalla ricezione della merce. Le spese di restituzione del bene al mittente restano a carico*”

*del Cliente. I prodotti che sono stati manomessi e/o aperti non saranno accettati e rispediti al mittente. Il pacco deve essere confezionato in maniera sicura ed affidabile, non siamo responsabili di eventuali danni che il prodotto dovesse subire a causa di un imballo non sufficientemente sicuro e protetto. Il difetto di conformità è coperto da una garanzia di 24 mesi. Dvdprice.it provvede, senza spese per il Cliente, al ripristino della conformità del prodotto mediante riparazione/sostituzione” (sottolineatura aggiunta).*

### III. VALUTAZIONI

**10.** Sotto il profilo del *fumus boni iuris*, gli elementi sopra descritti inducono a ritenere sussistenti *prima facie* le pratiche commerciali descritte, in violazione degli artt. 20, 21, comma 1, lettera g), e 22 del Codice del Consumo, in quanto il messaggio attualmente in diffusione, ancorché modificato rispetto al messaggio originario, contiene tuttora informazioni ambigue e idonee ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ai suoi diritti relativamente alla garanzia per difetto di conformità. Infatti, lo stesso messaggio pone con maggiore evidenza l’informazione del termine di 10 giorni per segnalare il mancato funzionamento del prodotto appena consegnato al domicilio del consumatore (mancata accensione). Tale tipo di garanzia, comunemente denominata DOA – *Dead On Arrival*, si riferisce generalmente ad una tipologia di garanzia convenzionale, pertanto aggiuntiva rispetto alla garanzia legale di conformità, che prevede per il consumatore un termine più lungo, ossia di due mesi dalla data in cui è stato scoperto il difetto – inclusa la mancata accensione del prodotto - per segnalare lo stesso al venditore, che in questo caso corrisponde al professionista gestore del sito di commercio elettronico. Al contrario, nella versione attualmente visibile sul sito *www.dvdprice.it*, il riferimento alla garanzia legale di 24 mesi è riportata solo alla fine della sezione, in modo tale da dar l’idea al consumatore medio di una garanzia residuale rispetto alla garanzia DOA, anziché come tutela più rilevante per il consumatore rispetto alla garanzia convenzionale aggiuntiva.

Si aggiunga che il consumatore può inoltre essere fuorviato anche dall’errato riferimento normativo contenuto nel sito, ossia il Decreto Legislativo n. 24/02, che inseriva gli artt. da 1519 *bis* a 1519 *nonies* nel Codice Civile, abrogati dal Decreto Legislativo n. 206/05 – Codice del Consumo.

Né può costituire un’esimente per il professionista la circostanza addotta riguardante il ricevimento di una certificazione da un’associazione professionale di categoria, attestazione che – oltre a non riferirsi necessariamente anche al contenuto delle informazioni sulle garanzie - allo stato non risulta avere rilevanza rispetto al doveroso rispetto delle norme contenute nel Codice del Consumo.

**11.** Sotto il profilo del *periculum in mora*, vale osservare che le condotte sopra descritte, consistenti nella diffusione sul sito *www.dvdprice.it* di informazioni ingannevoli in merito ai diritti dei consumatori ai sensi degli artt. 128 e seguenti del Codice del Consumo, sono caratterizzate da un elevato grado di offensività in quanto risultano tuttora poste in essere e, nelle more del procedimento, sono idonee ad indurre i consumatori ad assumere una decisione di natura commerciale, quale la rinuncia a segnalare un difetto di conformità trascorsi dieci giorni dalla scoperta del difetto stesso, che altrimenti non avrebbero preso.

RITENUTO, pertanto, che dall'esame degli atti del procedimento emergono elementi tali da avvalorare la necessità di provvedere con particolare urgenza al fine di impedire che le pratiche commerciali sopra descritte, consistenti nella diffusione sul sito *www.dvdprice.it* di informazioni ingannevoli in merito ai diritti dei consumatori ai sensi degli artt. 128 e seguenti del Codice del Consumo, continuino ad essere poste in essere nelle more del procedimento di merito;

#### DISPONE

ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del Consumo e dell'art. 9, comma 1, del Regolamento, che il Sig. Antonino Gaspare Cuzzola, titolare dell'impresa individuale *Dvdprice.it*:

a) sospenda ogni attività diretta a diffondere informazioni scorrette in merito ai diritti dei consumatori ai sensi degli artt. 128 e seguenti del Codice del Consumo;

b) comunichi all'Autorità l'avvenuta esecuzione del presente provvedimento di sospensione e le relative modalità entro dieci giorni dal ricevimento del presente provvedimento, inviando una relazione dettagliata nella quale vengano illustrati le misure adottate.

Ai sensi dell'art. 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza alla presente delibera l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 150.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

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

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'art. 135, comma 1, lettera *b*), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di comunicazione 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 comunicazione del provvedimento stesso.

Si ricorda che, ai sensi dell'art. 9, comma 5, del Regolamento, la presente decisione di sospensione deve essere immediatamente eseguita a cura del professionista e che il ricorso avverso il provvedimento di sospensione dell'Autorità non sospende l'esecuzione dello stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE  
*Luigi Fiorentino*

IL PRESIDENTE  
*Antonio Catricalà*

---

**PS5866 – PUMA AUTOMOTIVE-CILINDRATA MOTOCICLO**

*Avviso della comunicazione dell'avvio del procedimento*

**AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO**

Avviso di **comunicazione di avvio del procedimento** ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, come modificato dal Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 146 (di seguito, Codice del Consumo), nonché ai sensi dell'art. 6 del “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette*” (di seguito, Regolamento), adottato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con delibera del 15 novembre 2007, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale, n. 283 del 5 dicembre 2007, e contestuale **richiesta di informazioni** ai sensi dell'art. 12, comma 1, del Regolamento.

**I. Le parti**

**1.** Puma Automotive s.r.l. (di seguito, anche “Puma”) in qualità di professionista, ai sensi dell'art. 18, lett. b), del Codice del Consumo. La società, in scioglimento e liquidazione dal 07/07/2009 è attiva nel commercio all'ingrosso ed importazione di autoveicoli, cicli, motocicli, ricambi ed annessi.

**2.** S & I Communication s.r.l. (di seguito, anche “S & I”) è attiva nella vendita al dettaglio di telefoni cellulari e di motocicli, in qualità di professionista, ai sensi dell'art. 18, lett. b), del Codice del Consumo.

**II. Le pratiche commerciali**

**3.** Sulla base di informazioni acquisite ai fini dell'applicazione del Codice del Consumo e di una richiesta di intervento pervenuta da parte di una consumatrice, Puma avrebbe diffuso messaggi pubblicitari ingannevoli concernenti la cilindrata di un motoveicolo a marchio Puma.

Dalle stesse informazioni, risulta che la S & I avrebbe venduto alla cliente il motoveicolo fornendo informazioni false riguardo alla cilindrata, caratteristica essenziale del medesimo. Inoltre, lo stesso professionista avrebbe posto in essere comportamenti ostruzionistici in relazione all'esercizio del diritto di sostituzione del prodotto coperto da garanzia legale.

**4.** In particolare è risultato che :

a) sul sito [www.pumaautomotive.com](http://www.pumaautomotive.com), gestito dalla Puma, è tuttora reclamizzato il motociclo Puma, modello Tor 150, come motoveicolo di cilindrata 150 cc.. La medesima cilindrata è stata riportata nella scheda tecnica relativa al suddetto modello pubblicizzato sul periodico mensile specializzato in motocicli “In Sella” (numero di settembre 2009);

b) all'atto dell'acquisto del motociclo Puma Tor 150, presso la S & I (punto vendita di via Solferino, in Roma), concessionaria del marchio Puma, il rivenditore ha venduto il veicolo come mezzo dotato di cilindrata pari a 150 cc, così come risultante dal preventivo e dall'ordine di acquisto nr. 6 rilasciato alla cliente dalla stessa S & I in data 13 marzo 2009.

La segnalante ha evidenziato come, a seguito dell'immatricolazione del Tor 150, la cilindrata effettiva del motociclo è risultata essere, in realtà, di 149 cc., così come indicato sul libretto di circolazione.

5. Inoltre, la consumatrice ha segnalato che, avendo dovuto sottoporre il motoveicolo a numerosissime riparazioni immediatamente dopo l'acquisto, a partire dal 7 giugno 2009 avrebbe più volte richiesto alla Puma e alla S & I – anche per il tramite dell'associazione di consumatori CODACONS, con nota del 12 ottobre 2009 - la sostituzione del mezzo senza, peraltro, ricevere alcun riscontro. ]

### **III. Possibili profili di scorrettezza delle pratiche commerciali**

6. I comportamenti descritti al punto II della presente comunicazione potrebbero integrare distinte violazioni del Codice del consumo, in quanto costituenti pratiche idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio. Tali violazioni consisterebbero:

A) nell'aver Puma s.r.l. e S & I s.r.l. fornito alla clientela informazioni ingannevoli ed omissive ai sensi degli artt. 20 e 21, lett. b) del Codice del Consumo per quanto attiene alle caratteristiche principali del prodotto stesso (ossia la cilindrata del motociclo);

B) Nella frapposizione da parte di S & I s.r.l. di ostacoli non contrattuali, onerosi o sproporzionati al consumatore che intenda esercitare diritti contrattuali, compreso il diritto di risolvere il contratto o di cambiare prodotto, ai sensi degli artt. 24, 25, lett.d), 130 del Codice del Consumo.

7. Con riferimento alla pratica commerciale sub A), il profilo di possibile scorrettezza riguarda, in particolare, l'aver attribuito al motoveicolo Tor 150, nei messaggi pubblicitari e nelle informazioni fornite al consumatore, una cilindrata superiore (150 cc) a quella effettivamente posseduta da tale modello, corrispondente in realtà ad una cilindrata pari a 149 cc. Tale comportamento è idoneo a falsare la libera determinazione del consumatore all'acquisto del motoveicolo in quanto incide sulle legittime aspettative d'uso del mezzo e sui vantaggi economici a quest'ultimo ricollegabili. Infatti, i motocicli con cilindrata inferiore ai 150 cc non possono circolare su autostrade e strade extraurbane principali, ai sensi dell'art. 175, comma 2, lett. a) del Codice della Strada. Inoltre, di norma le Compagnie assicuratrici chiedono un premio con tariffa più elevata per i motocicli appartenenti alle categorie con cilindrata inferiore ai 150 cc (inclusi quindi quelli omologati come 149 effettivi), rispetto ai motoveicoli di cilindrata superiore (omologati con cilindrata superiore ai 150 cc).

8. Con riferimento alla pratica commerciale sub B) il rivenditore, responsabile nei confronti del consumatore per i difetti di conformità del prodotto ai sensi dell'art. 130 del Codice del Consumo, avrebbe adottato comportamenti dilatori in relazione ai reclami pervenuti dal cliente, rifiutando di dare riscontro alle numerose richieste di sostituzione del prodotto avanzate dalla segnalante.

### **IV. Modalità e termini istruttori**

9. Sulla base di quanto precede, con la presente si comunica:

- a) l'avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 6 del Regolamento, al fine di verificare le ipotesi di violazione menzionate al punto **III**;
- b) che il responsabile del procedimento è la dott.ssa Claudia Giacchetti;
- c) che il procedimento si concluderà **entro 150 giorni** dalla data di protocollo della presente comunicazione, ai sensi dell'art. 7 del Regolamento;
- d) che il responsabile del procedimento provvederà a comunicare, ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento, la data di conclusione della fase istruttoria;
- e) che il responsabile del procedimento richiederà il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ai sensi dell'art. 16, comma 3 e 4, del Regolamento;
- f) che l'ufficio presso cui le parti possono accedere agli atti del procedimento, previa richiesta scritta e contatto telefonico per stabilire le modalità dell'accesso, è la Direzione Energia e Industria (tel. 06/85821529, fax 06/85821456) della Direzione Generale per la Tutela del Consumatore. L'accesso potrà essere effettuato direttamente dalle parti o da persona delegata per iscritto;
- g) che le parti possono presentare memorie scritte e documenti **entro 20 giorni** dal ricevimento della presente.

#### **V. Richiesta di informazioni**

**10.** Al fine di acquisire elementi conoscitivi utili alla valutazione della pratica commerciale sopra illustrata, si chiede di voler fornire, **entro 20 giorni** dal ricevimento della presente, le seguenti informazioni (corredate dalla relativa documentazione):

- alla società Puma :

- 1) copia di tutto il materiale pubblicitario da voi diffuso relativamente al motociclo Puma, modello Tor 150 dal gennaio 2008 ad oggi;
- 2) copia della documentazione eventualmente inviata al periodico "In Sella" per la presentazione delle caratteristiche tecniche del modello Tor 150;
- 3) copia della scheda tecnica del motociclo segnalato da cui si desuma la cilindrata effettiva dello stesso, nonché copia del manuale d'utente allegato e dell'eventuale libretto di garanzia;
- 4) copia degli eventuali reclami dalla vs. clientela da gennaio 2008 ad oggi, in relazione alla rilevata mancata corrispondenza tra cilindrata effettivamente posseduta dal motociclo Puma, modello Tor 150 e quella da voi pubblicizzata indicando le azioni eventualmente intraprese a riguardo;
- 5) copia delle direttive, delle istruzioni impartite e della documentazione, anche di tipo contrattuale, fornita ai punti vendita della vs. rete distributiva in ordine al riconoscimento della garanzia legale ed eventualmente convenzionale sui beni da voi commercializzati ed, in particolare, riguardanti il motoveicolo Tor 150 e il diritto di sostituzione del prodotto;
- 6) elenco dei rivenditori autorizzati Puma sul territorio nazionale;
- 7) ogni informazione utile alla definizione della presente fattispecie.

Inoltre, al fine di disporre di elementi utili ad una più puntuale valutazione della messaggio segnalato, si richiede alla società Puma di fornire informazioni in merito all'eventuale

programmazione di altre campagne promozionali aventi contenuto analogo a quella oggetto del presente procedimento, fornendo indicazioni circa durata e modalità di diffusione, nonché circa eventuali campagne pubblicitarie collegate.

- alla società S & I:

- 1) modalità con cui la Vs. Società riconosce ai propri clienti di motocicli la garanzia legale per difetti di conformità ai sensi dell'art. 130 del Codice del Consumo, specificando in particolare le informazioni, scritte ed orali, fornite a riguardo ai consumatori che invocano tale garanzia;
- 2) copia di tutto il materiale pubblicitario da voi eventualmente diffuso relativamente al motociclo Puma, modello Tor 150 dal gennaio 2008 ad oggi;
- 3) illustrare le motivazioni della mancata sostituzione del prodotto in esame richiesta alla Vs. Società dalla sig.ra Maria Grazia Cantucci a causa dei riscontrati difetti di funzionamento;
- 4) copia dei reclami eventualmente pervenuti dalla vs. clientela da gennaio 2008 ad oggi, in relazione a lamentati difetti di conformità (in particolare relativi alla cilindrata) e di funzionamento del motoveicolo in oggetto, evidenziando le azioni intraprese a tutela della vs. clientela e le ragioni dell'eventuale mancata sostituzione del prodotto ancora in garanzia legale;
- 5) ogni informazione utile alla definizione della presente fattispecie.

**11.** Ai sensi dell'art. 11, comma 7, del Regolamento, è possibile indicare le specifiche informazioni e le parti dei documenti forniti di cui si chiede di salvaguardare la riservatezza o la segretezza, indicando le motivazioni che giustificano tale richiesta. A tal fine, si chiede cortesemente di trasmettere anche una versione non confidenziale dei documenti contenenti informazioni riservate.

**12.** Nell'attesa degli elementi informativi richiesti, si rammenta che, ai sensi dell'art. 27, comma 4, del Codice del Consumo, i soggetti interpellati sono sottoposti, con provvedimento dell'Autorità, ad una sanzione amministrativa pecuniaria da 2.000 e 20.000 euro se rifiutano o omettono senza giustificato motivo di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti, ovvero ad una sanzione amministrativa pecuniaria da 4.000 a 40.000 euro se forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri.

**13.** Ai fini della quantificazione della eventuale sanzione pecuniaria di cui all'art. 27, comma 9, del Codice del Consumo, si chiede a Puma Automotive s.r.l. e ad S & I Communication s.r.l. di voler fornire copia dell'ultimo bilancio approvato ovvero idonea documentazione fiscale da cui emergano i risultati economici relativi all'esercizio considerato.

**14.** Per qualsiasi comunicazione indirizzata all'Autorità, relativa al caso in questione, si prega di citare la Direzione Energia e Industria della Direzione Generale per la Tutela del Consumatore ed il riferimento PS/5866. Per eventuali chiarimenti e informazioni è possibile rivolgersi alla dottoressa Claudia Giacchetti, al numero 06/85821529, fax 85821456.

**15.** Si allega informativa ai sensi dell'art. 13 del Decreto Legislativo n. 196/2003.

Il Responsabile del Procedimento

**AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO**

Piazza Verdi 6/a

00198 Roma

Tel: 06/858211

**ALLEGATO: Informativa sul trattamento dei dati personali  
(art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196)**

Si informa che i dati personali che la riguardano acquisiti dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (titolare del trattamento) sono utilizzati solamente per lo svolgimento delle attività ad essa demandate dalla disciplina del *titolo III, del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "Codice del Consumo", come modificato dal Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 146, nonché del Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 145, e dalla disciplina del Decreto Legislativo n. 70/2003.*

Il conferimento di questi dati è strettamente funzionale allo svolgimento di tali attività e il relativo trattamento sarà effettuato, anche tramite strumenti informatici, nei modi e nei limiti necessari al perseguimento di dette finalità.

I dati conferiti saranno conosciuti da personale incaricato del trattamento e potranno essere comunicati a soggetti pubblici sulla base delle disposizioni di legge o regolamento ed eventualmente ai soggetti privati che vi abbiano interesse in applicazione della disciplina sull'accesso ai documenti amministrativi. I medesimi dati possono essere diffusi nel bollettino e sul sito istituzionale dell'Autorità ([www.agcm.it](http://www.agcm.it)) nei limiti consentiti dalla legge e dai regolamenti.

Nei confronti dei dati che lo riguardano l'interessato può esercitare i diritti di cui all'art. 7 del Decreto Legislativo n. 196/2003 (ad esempio, il diritto di accedere ai propri dati e di ottenerne la comunicazione in forma intelligibile, chiederne eventualmente la rettifica o l'aggiornamento), rivolgendo un'istanza all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

---

**PS5866 – PUMA AUTOMOTIVE-CILINDRATA MOTOCICLO***Avviso della comunicazione del termine di conclusione della fase istruttoria*

## AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Avviso della **comunicazione del termine di conclusione della fase istruttoria** ai sensi dell'art. 16, comma 1, del "*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette*", in relazione al procedimento PB/5866.

Con la presente si comunica che il termine di conclusione della fase istruttoria è fissato alla data del 15 novembre 2010.

Si comunica inoltre, ai sensi del medesimo articolo di cui all'oggetto, che le parti possono presentare memorie conclusive o documenti entro 10 giorni dal ricevimento della presente.

Ai fini della quantificazione dell'eventuale sanzione pecuniaria prevista dall'art. 27, comma 9, del Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante "*Codice del Consumo*", come modificato dal Decreto Legislativo 2 agosto 2007, n. 146, si richiede a S & I Communication s.r.l. di fornire copia dell'ultimo bilancio ovvero idonea documentazione contabile attestante le condizioni economiche nell'ultimo anno.

Per qualsiasi comunicazione indirizzata all'Autorità, relativa al caso in questione, si prega di citare la Direzione Energia e Industria della Direzione Generale per la Tutela del Consumatore ed il riferimento PS/5866. Per eventuali chiarimenti ed informazioni è possibile rivolgersi alla dottoressa Claudia Giacchetti, al numero 06/85821529, fax 06/85821456.

Il Responsabile del Procedimento

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Piazza Verdi 6/a

00198 Roma

Tel: 06/858211

---

---

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

Bollettino Settimanale  
Anno XX- N. 40 - 2010

---

***Coordinamento redazionale***

Giulia Antenucci

***Redazione***

Elisabetta Allegra, Sandro Cini, Valerio Ruocco,  
Simonetta Schettini  
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato  
Direzione Statistica e Ispezioni Informatiche  
Piazza Giuseppe Verdi, 6/a - 00198 Roma  
Tel.: 06-858211 Fax: 06-85821256

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

---

***Realizzazione grafica***

Area Strategic Design

---