



Italian Competition Newsletter  
Issue 4 – 2014

**C L I F F O R D**  
**C H A N C E**

# Indice

## Interventi dell'Autorità Antitrust

1. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato accetta gli impegni presentati da Ferrovie dello Stato nel corso di un'istruttoria per accertare un presunto abuso di posizione dominante ai danni di Nuovo Trasporto Viaggiatori
2. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato accerta abuso di posizione dominante di Hera S.p.A. e Hera Ambiente S.p.A nei mercati collegati alla raccolta differenziata della carta in diversi Comuni dell'Emilia Romagna.
3. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato accetta gli impegni presentati dalle principali compagnie assicurative nell'ambito di un'istruttoria volta ad accertare l'esistenza di restrizioni verticali nei contratti con le reti agenziali

## Interventi del Giudice Amministrativo

1. Il Consiglio di Stato conferma la decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel caso *A437-Esselunga/Coop Estense*
2. Il Consiglio di Stato annulla la decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato relativa al caso *A413 – TNT Post Italia/Poste Italiane*
3. Il TAR Lazio annulla la decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in un caso di presunto abuso di posizione dominante di Ferrovie dello Stato ai danni di Arenaways
4. Il TAR del Lazio annulla il provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato recante il divieto di esecuzione dell'operazione di concentrazione nel caso *C11878 – Italgas – Acegas-APS/Isontina Reti Gas*
5. Il Tar del Lazio annulla la decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in un caso di cartello nel mercato del trasporto marittimo di linea di passeggeri
6. Il TAR del Lazio conferma la decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel caso *A428 – Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*

## Interventi del Giudice Ordinario

1. La Suprema Corte di Cassazione si pronuncia sulla capacità distintiva delle espressioni di uso comune
2. La Suprema Corte di Cassazione ribadisce il diritto del titolare del marchio di opporsi all'importazione di prodotti provenienti da un paese extracomunitario e contrassegnati con il suo marchio

# Contents

## The Italian Competition Authority's interventions

1. The Italian Competition Authority accepts the commitments submitted by Ferrovie dello Stato during an enquiry into alleged abuse of a dominant position to the detriment of Nuovo Trasporto Viaggiatori
2. The Italian Competition Authority finds an abuse of a dominant position in the markets for the separate collection of waste paper in various municipalities in Emilia Romagna
3. The Italian Competition Authority accepts the commitments submitted by major insurance companies during an enquiry to ascertain the existence of vertical restraints in agreements with agency networks

## The Administrative Judge's interventions

1. The Supreme Administrative Court has upheld the decision of the Italian Competition Authority in the case *A437 – Esselunga/Coop Estense*
2. The Supreme Administrative Court annuls the decision of the Italian Competition Authority in case *A413 – TNT Post Italia/Poste Italiane*
3. The Regional Administrative Court of Lazio annuls the decision of the Italian Competition Authority in a case involving the alleged abuse of dominant position by the Italian State Railways to the detriment of Arenaways
4. The Regional Administrative Court of Lazio has reversed the decision of the Italian Competition Authority regarding the prohibition on the concentration in case *C11878 – Italgas – Acegas-APS/Isontina Reti Gas*
5. The Regional Administrative Court of Lazio reverses a decision of the Italian Competition Authority relating to a cartel on the market for maritime passenger transport
6. The Regional Administrative Court of Lazio has upheld the decision of the Italian Competition Authority in case *A428 – Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*

## The Civil Judge's interventions

1. The Italian Supreme Court decides on the distinctiveness of the commonly used expressions
2. The Italian Supreme Court reaffirms that the owner of a trademark has the right to oppose the import of products from a non-EU country that are labelled

*Carissimi,*

*la Italian Competition Newsletter di Clifford Chance, volta ad informare con cadenza trimestrale sui più recenti e importanti sviluppi in questo settore di attività in Italia, è al suo quarto numero.*

*Come ormai d'abitudine potrete trovare tra il materiale selezionato interventi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, del giudice amministrativo e del giudice ordinario in materia di concorrenza.*

*Dall'osservatorio della nostra Newsletter, possiamo rilevare che tanto gli interventi dell'Autorità Antitrust, che quelli dei giudici amministrativi e ordinari, nel corso dell'ultimo trimestre, sono significativamente aumentati in termini di numero delle decisioni e di loro approfondimento.*

*Vi auguriamo buona lettura.*

*Dear All,*

*This is the fourth issue of the Clifford Chance Italian Competition Newsletter, intended to inform you – on quarterly basis – of the most recent and significant developments in this field of law in Italy.*

*In those selects items you will find, as usual, decisions of the Italian Competition Authority, rulings of the administrative judge and judgments of the civil courts in competition.*

*As we monitor matters for this Newsletter, we have witnessed in the past quarter that the Antitrust Authority, the courts and the administrative courts have increased the number of decisions they have issued on antitrust matters, as well as expanded the reasoning in their opinions to include a more detailed analysis.*

*We hope you enjoy reading it.*



**Luciano Di Via**  
Partner, Head of Antitrust in Italy

## Interventi dell’Autorità Antitrust

### L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato accetta gli impegni presentati da Ferrovie dello Stato nel corso di un’istruttoria per accertare un presunto abuso di posizione dominante ai danni di Nuovo Trasporto Viaggiatori

*L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato accetta gli impegni di Ferrovie dello Stato ritenuti idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell’istruttoria nella misura in cui consentono di ampliare le possibilità di accesso al mercato del trasporto ferroviario passeggeri ad Alta Velocità per le imprese ferroviarie.*

Il 19 febbraio 2014 l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“**Autorità**” o “**AGCM**”) ha emanato la propria decisione sul caso n. A443 – NTV/FS/OSTACOLI ALL’ACCESSO NEL MERCATO DEI SERVIZI DI TRASPORTO FERROVIARIO PASSEGGERI AD ALTA VELOCITÀ (“**Decisione**”) accettando, e rendendo pertanto obbligatori, gli impegni presentati da Ferrovie dello Stato S.p.A. (“**FS**”), Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. (“**RFI**”), Grandi Stazioni S.p.A. (“**GS**”), Centostazioni S.p.A. (“**CS**”) ed al contempo rigettando l’impegno presentato da Trenitalia S.p.A. (“**Trenitalia**”).

L’Autorità nell’avviare il procedimento A443, si proponeva di accertare l’esistenza di una strategia abusiva posta in essere da FS, per il tramite delle controllate RFI, CS, GS, Trenitalia e FS Sistemi Urbani S.r.l. (“**FSSU**”), finalizzata a rallentare l’ingresso dell’operatore nuovo entrante Nuovo Trasporto Passeggeri S.p.a. (“**NTV**”) nel mercato del trasporto passeggeri ad Alta Velocità (“**AV**”).

Per l’AGCM, le condotte, denunciate da NTV, avrebbero potuto incidere in maniera decisiva proprio nella fase più delicata di *start-up* di NTV, innalzandone significativamente i costi di ingresso e favorendo Trenitalia. Esse, in particolare, si sarebbero sostanziate in:

- i) una strategia volta, da un lato, a ostacolare l’accesso all’infrastruttura ferroviaria che, in ragione della condizione di non duplicabilità che la caratterizza, costituisce un *input*

## The Italian Competition Authority’s interventions

### Italian Competition Authority accepts the commitments submitted by Ferrovie dello Stato during an enquiry into alleged abuse of a dominant position to the detriment of Nuovo Trasporto Viaggiatori

*The Competition Authority has accepted the commitments submitted by Ferrovie dello Stato which it deemed suitable for remedying the competition law infringements under investigation as they widen the possibility of access to the high-speed rail passenger market for railway undertakings.*

On 19 February 2014 the Italian Competition Authority (“**Authority**”) issued its final decision on case A443 – NTV/FS/BARRIERS TO ACCESS THE MARKET FOR HIGH-SPEED RAIL PASSENGER TRANSPORT SERVICES (“**Decision**”) and accepts and thereby enforces the commitments submitted by Ferrovie dello Stato S.p.A. (“**FS**”), Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. (“**RFI**”), Grandi Stazioni S.p.A. (“**GS**”), Centostazioni S.p.A. (“**CS**”) and at the same time rejects the commitment submitted by Trenitalia S.p.A. (“**Trenitalia**”).

The Authority launched enquiry A443, which resulted in the Decision, for the purpose of establishing whether FS had abused its dominant position through its subsidiaries RFI, CS, GS, Trenitalia and FS Sistemi Urbani S.r.l. (“**FSSU**”) and slowed down the entry of Nuovo Trasporto Passeggeri S.p.a. (“**NTV**”) into the market for high-speed rail passenger transport (“**High-Speed**”).

The Authority took the view that the behaviour in respect of which NTV brought the complaint could have had a decisive impact in the extremely delicate start-up phase of NTV, raising significantly market entry costs and favouring Trenitalia. The behaviour consisted of:

- i) a strategy on the one hand hindering access to the railway infrastructure which, as the infrastructure cannot be duplicated, constitutes an objectively necessary prerequisite for being able to compete on the downstream market for

obiettivamente necessario per competere nel mercato a valle del trasporto ferroviario, e, dall'altro, a rendere non profittevole l'offerta di servizi AV da parte di NTV. In quest'ambito si collocherebbero due tipi di comportamenti:

- compressione dei margini ai danni dell'unico attuale concorrente di Trenitalia presente nel trasporto passeggeri AV, sia in considerazione dei costi che NTV corrisponde ad RFI per l'accesso alla rete che in considerazione dei prezzi praticati da Trenitalia nei servizi in questione; nonchè
- ostruzione nell'accesso all'infrastruttura ferroviaria e nella specie mancata assegnazione di tracce nell'ora di punta e mancato accesso all'impianto di manutenzione di Milano San Rocco;
- ii) discriminazioni e ostruzionismo all'attività di NTV, in numerose stazioni facenti parte del *network* dell'AV, consistenti nella mancata apposizione di segnaletica e *desk* informativi all'interno delle stazioni, in ritardi nel posizionamento di biglietterie *self service* e, sotto il profilo economico, in disparità di trattamento nell'utilizzo degli spazi pubblicitari all'interno delle stazioni;
- iii) inefficienze nella gestione di numerose stazioni servite da NTV.

Nel corso del procedimento le società hanno presentato impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/1990. L'Autorità ha proceduto alla valutazione degli impegni, come integrati e modificati a seguito del *market test*, distinguendo per ciascuna impresa che li ha presentati e per ciascuna delle condotte contestate. In particolare:

- a) Gli impegni presentati da RFI:
  - i) con riguardo alla compressione dei margini, RFI si è impegnata a ridurre il canone d'uso applicato all'infrastruttura ferroviaria in una misura pari al 15% per tutte le imprese ferroviarie; per l'AGCM tale impegno, producendo l'effetto di ampliare la forbice tra prezzi a valle e costi *wholesale*, è idoneo a risolvere le preoccupazioni concorrenziali manifestate in sede di avvio di istruttoria;
  - ii) in merito alla mancata assegnazione delle tracce, la condotta, già assunta in corso di procedura, di concedere al segnalante tutte le tracce richieste relativamente all'orario ferroviario "dicembre 2013 – dicembre 2014" nonchè la modifica delle prescrizioni del Prospetto Informativo di Rete ("**PIR**") in maniera da facilitare le interlocuzioni con le Regioni interessate in caso di contrasti nell'allocatione di capacità, per l'Autorità è idonea a rimuovere i profili anticoncorrenziali;

railway transport and, on the other, made the High Speed services that NTV offers unprofitable. This involved:

- compression of margins to the detriment of the sole current competitor of Trenitalia in high-speed rail transport in relation to the costs that NTV pays to RFI for access to the network and also the prices charged by Trenitalia in the services in question; and
- hindering access to the railway infrastructure and, specifically, the failure to assign paths at peak time and failure to provide access to the maintenance facilities at Milano San Rocco;
- ii) discrimination and obstructionism in respect of the activities of NTV at numerous stations forming part of the High-Speed rail network consisting of the failure to provide signposts and information desks in the stations, delays in installing self-service ticket machines and, from an economic point of view, unequal treatment in the use of advertising spaces in the stations;
- iii) inefficiencies in the management of numerous stations served by NTV.

During the case the companies submitted commitments within the meaning of article 14-ter of law 287/1990. The Authority evaluated the commitments, as supplemented and amended following the market test and distinguished between each undertaking which submitted them and each of the disputed behaviours. Specifically:

- a) the commitments submitted by RFI:
  - i) as regards the compression of the margins, RFI made a commitment to reduce the usage tariff applied to the railway infrastructure by 15% for all the railway undertakings; the Authority took the view that this commitment would have the effect of widening the difference between downstream prices and wholesale costs and therefore is suitable to remedy the competition law issues raised in the enquiry.
  - ii) as regards the failure to assign paths, the decision by RFI, which it had already begun to implement during the procedure, to grant to the complainant all the paths sought in relation to the railway schedule of "December 2013 – December 2014" and the amendment made to the Network Statement ("**Network Statement**") in order to facilitate dialogue with the Regions concerned in case of disagreements as to the allocation of capacity, is suitable, in the view of the Authority, to remedy any competition law infringements;

- iii) in merito alle discriminazioni, agli ostruzionismi ed alle inefficienze nelle stazioni il complesso degli impegni presentati, ovvero la predisposizione di adeguata segnaletica orizzontale e verticale, l'impegno di realizzare la c.d. informazione dinamica, ovvero la predisposizione di pannelli informativi e del relativo sistema di gestione per l'informativa circa il posizionamento delle carrozze, e quello di predeterminare aree da assegnare alle imprese ferroviarie per *desk* mobili e biglietterie *self service*, unitamente al riconoscimento di "aree minime garantite" a ciascuno in zone idonee per utilizzo e visibilità, è per l'AGCM suscettibile di risolvere le preoccupazioni concorrenziali insite nell'avvio del procedimento. In particolare, per l'Autorità, le procedure, da un lato, consentiranno agli operatori ferroviari di avere contezza del soggetto responsabile dell'individuazione di tali spazi, ovvero RFI, e, dall'altro, prevedono regole e tempi chiari per l'allocatione degli spazi (tempi peraltro ridotti a seguito del *market test*);
- iv) in merito alla misura compensatoria, presentata solo a seguito del *market test*, l'impegno di rinunciare ad una somma dovuta da NTV, per la mancata utilizzazione di tratte contrattualizzate per l'omologazione del materiale rotabile prima dell'avvio del proprio servizio ferroviario, è parso all'AGCM elemento ripristinatorio sufficiente in una logica complessiva di "alleviamento" degli oneri economici del nuovo entrante.
- b) Gli impegni presentati da GS e CS:
- i) in merito a discriminazioni, ostruzionismi ed inefficienze nelle stazioni, oltre all'impegno volto a garantire aree minime per i *desk mobili* e le biglietterie *self service*, al quale l'Autorità ha esteso le medesime valutazioni operate per RFI, le imprese in questione hanno assunto anche oneri ulteriori. Nella specie, rispetto agli spazi pubblicitari si sono impegnate a offrire a NTV, in tutte le stazioni servite, la possibilità di opzionare, in via prioritaria rispetto agli altri inserzionisti, un pacchetto di impianti pubblicitari nelle stazioni della rete AV, a condizioni di mercato. La sola GS si è poi impegnata a includere nei pacchetti oggetto dell'offerta anche postazioni pubblicitarie per stazioni non servite da NTV (Milano Centrale e Roma Termini). Per l'AGCM, tali impegni sono idonei a superare non soltanto le preoccupazioni sollevate in sede di avvio dell'istruttoria ma anche quelle eccepite ad esito del *market test*.
- iii) as regards discrimination, obstructionism and inefficiencies at the stations, the commitments submitted as a whole, in other words to erect adequate horizontal and vertical signposts, present so-called dynamic information, in other words set up information panels and put in place a system to manage the information regarding the position of the carriages, and also to identify areas to be assigned to the railway undertakings for mobile desks and self-service ticket machines, together with the allocation of "guaranteed minimum areas" to each one in areas suitable for use and visibility, are suitable, in the view of the Authority, to remedy the competition law concerns which led to the case being brought. In particular, in the view of the Authority, the procedures will on the one hand allow the railway operators to know who is responsible for the identification of such spaces, in other words RFI, and, on the other hand, provide clear rules and timeframes for the allocation of the spaces (time frames which were reduced following the market test);
- iv) as regards the compensatory measure, which was not submitted until after the market test, the commitment to forego a sum due from NTV for the failure to use the contracted paths for the approval of rolling stock prior to the launch of its own rail service appeared to the Authority to be sufficient compensation as, broadly speaking, it "relieved" the new entrant of financial burdens.
- b) The commitments submitted by GS and CS:
- i) as regards discrimination, obstructionism and inefficiencies at the stations, in addition to the commitment to guaranteed minimum areas for mobile desks and self-service ticket machines, to which the Authority extended the same considerations made in respect of RFI, the undertakings in question made further obligations. Specifically, as regards advertising spaces, they made a commitment to offer to NTV, at all the stations served, an option, with priority over other advertisers, on a package of advertising facilities in the stations of the High-Speed network at market conditions. GS alone made a commitment also to include in the packages advertising spaces not served by NTV (Milano Centrale and Roma Termini). The Authority took the view that these commitments dispelled not only the concerns raised in the enquiry but also those brought up following the market test.

c) L'impegno presentato da Trenitalia:

- i) in merito alla compressione del margine, l'impegno a mantenere un margine operativo positivo ("**EBIT**") nel comparto AV non è stato accolto in quanto ritenuto dall'Autorità inidoneo a rimuovere i profili anticoncorrenziali contestati, per due ordini di ragioni. Da un lato, esso potrebbe favorire un contesto collusivo tacito in cui strategie di prezzo particolarmente aggressive di Trenitalia su alcune rotte impedirebbero alla stessa impresa di adottare condotte aggressive su altri collegamenti nella misura in cui deve essere mantenuto il vincolo di un EBIT positivo con il rischio di creare ulteriori criticità concorrenziali anziché rimuovere le precedenti. Dall'altro, l'EBIT rappresenterebbe un indicatore inadeguato a prevenire strategie di prezzo irripetibili nell'ambito della condotta contestata. Più in generale, per l'AGCM l'accoglimento dell'impegno in esame introdurrebbe una forma, pur indiretta, di regolazione dei prezzi in un mercato ove tale regolazione non è necessaria poiché la disciplina *antitrust* è sufficiente a garantire un corretto svolgimento del confronto concorrenziale.

A seguito della valutazione così operata, nonostante la mancata accettazione dell'impegno di Trenitalia, l'Autorità ha ritenuto gli impegni presentati da FS, RFI, GS e CS nel loro complesso idonei a rimuovere i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria in ragione dell'apprezzabile riduzione delle discriminazioni denunciate sia nell'accesso all'infrastruttura di rete quanto nell'utilizzo efficiente degli spazi all'interno delle stazioni.

c) The commitment submitted by Trenitalia:

- i) as regards the compression of the margins, the commitment to keep a positive operating margin ("**EBIT**") in the High-Speed sector was not accepted as the Authority deemed for two reasons that it did not remedy the competition law infringements. On the one hand, it could favour tacit collusion in which particularly aggressive price strategies on the part of Trenitalia on certain paths would prevent the undertaking from engaging in aggressive behaviour on other paths to the extent that the obligation of a positive EBIT must be maintained. This would risk creating further competition law issues rather than removing the previous one. On the other hand, EBIT would be an indicator that is inadequate for preventing unmatchable price strategies within the disputed behaviour. More generally, in the view of Authority, acceptance of the commitment under consideration would introduce indirect regulation of prices in a market where such regulation is not necessary as the competition law rules are sufficient to ensure proper competition.

As a result of the foregoing assessment, and notwithstanding the decision not to accept Trenitalia's commitment, the Authority deemed that the commitments submitted by FS, RFI, GS and CS do as a whole remedy the infringements under investigation on account of the significant reduction in discrimination in relation to which the complaint was brought as regards both access to the network infrastructure as well as the efficient use of space in the stations.

## Interventi dell’Autorità Antitrust

### L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato accerta abuso di posizione dominante di Hera S.p.A. e Hera Ambiente S.p.A nei mercati collegati alla raccolta differenziata della carta in diversi Comuni dell’Emilia Romagna.

*L’Autorità ha accertato l’abuso di posizione dominante di Hera e della sua controllata Hera Ambiente, consistente, da una parte, nella cessione ad una società del gruppo di tutti i rifiuti cellulosici necessari nel ciclo produttivo delle cartiere, dall’altra, nella cessione di tali rifiuti ad un prezzo inferiore a quello di mercato. Attraverso tali comportamenti si integra l’esclusione dei concorrenti e lo sfruttamento della posizione dominante derivante dalla titolarità del servizio di igiene urbana.*

Con provvedimento no. 24819 del 27 Febbraio 2014, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“**Autorità**” o “**AGCM**”), con riferimento al caso A444 – AKRON-GESTIONE RIFIUTI URBANI A BASE CELLULOSICA, ha inflitto una sanzione di quasi 1.9 milioni di euro a Hera S.p.A. (“**HERA**”) e Hera Ambiente S.p.A. (“**HA**”) per abuso di posizione dominante nei mercati collegati alla raccolta differenziata della carta in diversi Comuni dell’Emilia Romagna. L’AGCM, in particolare, ha individuato due profili abusivi: (i) un profilo escludente e (ii) uno di sfruttamento.

L’Autorità ha constatato che la posizione dominante di HERA nel mercato a monte della raccolta dei rifiuti ha consentito ad HA (controllata da HERA che ne detiene il 75% del capitale) di godere di una posizione dominante anche nel mercato a valle dell’offerta dei rifiuti da raccolta urbana in diversi Comuni dell’Emilia Romagna.

Ciò posto, in primo luogo, l’AGCM ha contestato ad HA il conferimento alla propria controllata Akron S.p.A. (“**Akron**”) di tutti i rifiuti cellulosici derivanti dalla raccolta differenziata urbana e necessari nel ciclo produttivo delle cartiere. Tale

## The Italian Competition Authority’s interventions

### The Italian Competition Authority finds an abuse of a dominant position in the markets for the separate collection of waste paper in various municipalities in Emilia Romagna

*The Italian Competition Authority has found an abuse of a dominant position by Hera and its subsidiary Hera Ambiente consisting, on the one hand, in the sale to a group company of all the cellulosic waste required in the production cycle of the paper mill and, on the other, the sale of such waste at a price lower than that of the market. This behaviour constitutes exclusion of competitors and exploitation of the dominant position deriving from providing municipal waste management services.*

By way of the decision no. 24819 of 27 February 2014, the Italian Competition Authority (“**Authority**” or “**ICA**”), with reference to the case A444 – AKRON-GESTIONE RIFIUTI URBANI A BASE CELLULOSICA, imposed a sanction of almost Euro 1.9 million on Hera S.p.A. (“**HERA**”) and Hera Ambiente S.p.A. (“**HA**”) on grounds of an abuse of a dominant position in the markets for the separate collection of waste paper in various municipalities in Emilia Romagna. The Authority in particular found two types of abuse: (i) exclusion and (ii) exploitation.

The ICA found that the dominant position of HERA in the upstream market for the collection of waste allowed HA (the subsidiary of HERA which holds 75% of the share capital) also to enjoy a dominant position in the downstream market for the sale of separated municipal waste in various municipalities in Emilia Romagna.

First and foremost the Authority complained that HA allocated to its subsidiary Akron S.p.A. (“**Akron**”) all the cellulosic waste deriving from the separate waste collection required for the production cycle of the paper mills. The enquiry found that this



conferimento è stato confermato nel corso dell'istruttoria e ammesso dalle stesse società del gruppo Hera, che hanno motivato la loro condotta in ragione di una strategia di un gruppo verticalmente integrato.

L'Autorità ha affermato, in particolare, che tali rifiuti rappresentano un *input* essenziale per consentire ai concorrenti di Akron di rimanere sul mercato. Essa ha ritenuto, pertanto, che il conferimento ad Akron – senza alcun confronto equo e trasparente con le altre offerte dei concorrenti – di un *input* indispensabile per la produzione del macero per le cartiere costituisca un abuso di posizione dominante con chiari effetti escludenti, impedendo ai concorrenti di competere nei mercati a valle della vendita di macero alle cartiere e attribuendo ad Akron un elevato livello di indipendenza comportamentale. Per i concorrenti di Akron, infatti, la produzione di macero con rifiuti di qualità superiore rappresentava un costo non sostenibile e, in ogni caso, la disponibilità di raccolta congiunta sul mercato risultava insufficiente.

Secondo l'Autorità, in definitiva, il comportamento descritto ha integrato un abuso escludente, realizzato attraverso una condotta di *input foreclosure*, posta in essere dall'*incumbent* a favore della propria controllata a valle.

Con riferimento al secondo profilo, invece, l'Autorità ha ritenuto che il gruppo Hera avesse venduto i rifiuti alla propria controllata ad un prezzo inferiore rispetto a quello realizzabile a condizioni di mercato incidendo negativamente, in tal modo, sull'ammontare della tariffa per il servizio di igiene urbana pagato dai cittadini-utenti. Il gestore monopolista per lo svolgimento del servizio di igiene urbana, infatti, è obbligato, in base alla regolamentazione tariffaria, a detrarre dai costi del servizio i ricavi derivanti dalla vendita dei rifiuti sul mercato, con conseguente riduzione della tariffa a carico degli utenti, determinata sulla base dei costi di gestione. Le risultanze istruttorie, nello specifico, avevano evidenziato la presenza sul mercato di concorrenti interessati ad acquisire i suddetti rifiuti a condizioni economiche più vantaggiose rispetto a quelle ottenute attraverso la cessione degli stessi ad Akron. Secondo l'Autorità, pertanto, l'affidamento dei rifiuti ad Akron ad un prezzo inferiore a quello di mercato – arrecando un danno ai cittadini che devono sopportare un costo più alto della tariffa – rappresenta un abuso di sfruttamento della posizione dominante.

Alla luce di quanto argomentato, dunque, l'AGCM ha statuito che le società HERA e HA abbiano posto in essere, in relazione al profilo escludente, una violazione dell'articolo 3, lett. b) della

allocation did indeed occur and the companies in the Hera group admitted as such themselves. They explained their behaviour saying that it was a strategy of a vertically integrated group.

The Authority found in particular that the waste was an essential input for the purpose of allowing the competitors of Akron to stay on the market. It took the view that the sale to Akron – without any fair and transparent comparison with the offers of the competitors – of an indispensable input for the production of the pulp for the paper mills constituted an abuse of a dominant position with clear excluding effects, preventing the competitors from competing on the downstream markets for the sale of pulp to the paper mills and ascribed to Akron a high level of independence as regards behaviour. For the competitors of Akron, the production of pulp with waste of a higher quality represented an unsustainable cost and in any case the availability of unseparated collection on the market was insufficient.

According to the final decision of ICA, the described conduct constitutes an exclusionary abuse, in the form of input foreclosure conduct, carried out by the incumbent in favour of its own downstream subsidiary.

In terms of the second ground, rather, the Authority held that the Hera group sold the waste to its own subsidiary at a lower price than could be obtained on the market thus negatively affecting the amount of the fee for municipal waste management services paid by users. According to the tariff rules, monopoly operators providing municipal waste management services must deduct any revenues from the sale of waste on the market from the costs of the service, and consequently reduce the rate charged to users, established on the basis of operating costs. The statement of objections in this case emphasises that there are competitors on the market interested in buying the aforementioned waste at more advantage economic conditions than those obtained through the sale of the waste to Akron. According to ICA, however, the allocation of the waste to Akron at a price below market – giving rise to damages on behalf of users who have to pay a higher price – represents an abuse of a dominant position.

In light of the above, therefore, the Authority held that the companies HERA and HA breached, by their exclusionary conduct, Article 3, letter b) of Law 287/1990 (which "*precludes companies in a dominant position from "impeding or limiting*

legge 287/1990 (che vieta all'impresa in posizione dominante di *"impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori"*) e, in relazione al profilo di sfruttamento, della lett. a) dello stesso articolo (che vieta all'impresa in posizione dominante di *"imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose"*).

*production, entry or access to the market, technological development or progress to the detriment of consumers"*) and, with regard to the grounds of exploitation, letter a) of the same Article (which precludes companies in a dominant position from *"directly or indirectly imposing purchase or sale prices or other unfair contractual conditions"*).

## Interventi dell’Autorità Antitrust

**L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato accetta gli impegni presentati dalle principali compagnie assicurative nell’ambito di un’istruttoria volta ad accertare l’esistenza di restrizioni verticali nei contratti con le reti agenziali**

*L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato accetta gli impegni delle principali compagnie assicurative ritenuti idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell’istruttoria in quanto consentono di superare le restrizioni verticali che ostacolano la diffusione di reti di agenzie in plurimandato.*

Il 20 maggio 2014, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“**Autorità**” o “**AGCM**”) ha emanato la decisione finale sul caso I702 – AGENTI MONOMANDATARI (“**Decisione**”) accettando, e rendendo pertanto obbligatori, gli impegni presentati da Unipol Gruppo Finanziario S.p.A. (“**UGF**”), Assicurazioni Generali S.p.A. (“**Generali**”), Allianz S.p.A. (“**Allianz**”), Società Reale Mutua di Assicurazioni (“**Reale Mutua**”), Società Cattolica di assicurazione – Società Cooperativa (“**Cattolica**”), Axa Assicurazioni S.p.A. (“**AXA**”) e Groupama Assicurazioni S.p.A. (“**Groupama**”).

L’Autorità, nell’avviare il procedimento I702, su segnalazione del Sindacato Nazionale Agenti di Assicurazione (“**SNA**”), si proponeva di accertare l’esistenza di eventuali violazioni dell’articolo 101 TFUE concernenti specifiche clausole contenute nei contratti di agenzia ritenute idonee ad ostacolare gli agenti ad assumere i mandati da diverse compagnie assicurative (c.d. plurimandato). In particolare si trattava delle disposizioni relative: *i)* all’esclusiva nei contratti agenziali e all’informativa in caso di assunzione di altri mandati; *ii)* all’operatività degli agenti; e *iii)* al sistema della provvigioni.

Secondo l’AGCM le suddette clausole sarebbero state “*potenzialmente in grado di ostacolare/impedire la diffusione di reti di agenzie in plurimandato e conseguentemente evitare il*

## The Italian Competition Authority’s interventions

**The Italian Competition Authority accepts the commitments submitted by major insurance companies during an enquiry to ascertain the existence of vertical restraints in agreements with agency networks**

*The Italian Competition Authority has accepted commitments from major insurance companies, which it deemed suitable for remedying the competition law infringements under investigation as these commitments allow to overcome the vertical restraints that obstruct the spread of networks of multi-mandate agents.*

On 20 May 2014, the Italian Competition Authority (“**ICA**” or “**Authority**”) issued its final decision on case I702 – AGENTI MONOMANDATARI (“**Decision**”) and has accepted and thereby has enforced the commitments submitted by Unipol Gruppo Finanziario S.p.A. (“**UGF**”), Assicurazioni Generali S.p.A. (“**Generali**”), Allianz S.p.A. (“**Allianz**”), Società Reale Mutua di Assicurazioni (“**Reale Mutua**”), Società Cattolica di assicurazione – Società Cooperativa (“**Cattolica**”), Axa Assicurazioni S.p.A. (“**AXA**”) and Groupama Assicurazioni S.p.A. (“**Groupama**”).

The Authority launched enquiry I702 upon the recommendation of the National Union of Insurance Agents, for the purpose of establishing whether any violation of Article 101 TFEU existed in relation to specific clauses of agency agreements that were suitable to obstruct agents to take on mandates from other insurance companies (the so-called multi-mandate agents). More precisely, these contractual provisions related to: *i)* exclusivity rights in agency agreements and the reporting requirements in the event other mandates were accepted; *ii)* the efficiency of the agents; and *iii)* the commission mechanisms.

According to the Authority, these provisions were “*potentially able to impede/prevent the spread of networks of agents in multi-mandate and thus to avoid the risk of an actual competition*

*rischio di un effettivo confronto competitivo tra le compagnie assicurative nei mercati assicurativi danni, in particolare il mercato RC auto”.*

In particolare, le clausole avrebbero costituito obblighi di non concorrenza, diretti o indiretti, idonei ad imporre di fatto agli agenti di non vendere prodotti assicurativi in concorrenza con quelli oggetto del contratto di agenzia. Inoltre, dette restrizioni verticali, ad avviso dell'Autorità, potevano determinare effetti anticoncorrenziali derivanti dall'esistenza di reti parallele di accordi verticali con effetti simili, oltre ad avere il potenziale effetto di limitare l'accesso al mercato rilevante. Da ultimo, le disposizioni di cui ai contratti di agenzia avrebbero potuto agevolare comportamenti collusivi tra le imprese assicuratrici parti del procedimento.

Nel corso dell'istruttoria, le previsioni denunciate sono state oggetto di puntuale analisi. In particolare:

**i) disposizioni relative all'esclusiva nei contratti agenziali e all'informativa in caso di assunzione di altri mandati.**

L'AGCM ha rilevato una duplice condotta illecita:

- da un lato, nonostante la nullità previste dalle norme di legge di cui ai decreti legge n. 223/06 e n. 7/07, nella contrattualistica tipo di alcune imprese assicuratrici si rinvenivano veri e propri obblighi di esclusiva in capo agli agenti;
- dall'altro lato, a dette clausole spesso si accompagnava una richiesta di informativa preventiva e/o tempestiva nel caso di conferimento all'agente di mandati da parte di altre imprese assicurative e tale mancata comunicazione veniva talvolta addotta come causa di revoca.

**ii) Disposizioni relative all'operatività degli agenti.**

Le ulteriori clausole potenzialmente illecite avevano ad oggetto i beni mobili ed immobili necessari all'esercizio dell'attività e le possibili conseguenze sul loro uso in caso di revoca. Nel dettaglio, l'Autorità ha richiamato le previsioni relative a:

- i locali utilizzati dall'agente. Queste, pur stabilendo che i contratti sono a nome dell'agente con oneri e rischi a suo carico prevedevano il diritto di subentro della compagnia assicuratrice in caso di revoca del mandato di agenzia, con conseguente obbligo di lasciare i locali e quindi perdita dell'avviamento, e l'onere di mettere a disposizione della compagnia i locali e volturare l'utenza telefonica all'agente designato in caso di cessazione dell'incarico.
- i divieti di usare i sistemi informativi e i *database* sui clienti in portafoglio per attività diverse dalla mera esplicazione del rapporto di agenzia con il proponente;

*between insurance companies in the insurance damage market, especially in the market of automotive liability insurance”.*

In particular, these provisions are direct or indirect non-compete obligations, able to de facto require agents not to sell insurance products in competition with those covered by the agency's contract. In addition, these vertical restraints, in the opinion of the ICA, were capable of determining anti-competitive effects, arising from the existence of parallel networks of vertical agreements with similar effects, as well as potentially restricting access to the relevant market. Finally, the provisions could facilitate collusion between the insurance undertakings parties to the proceedings.

During the enquiry, the provisions under review were analysed in detail, as described below

**i) Provisions relating to exclusivity rights in agency agreements and the reporting requirements in the event other mandates were accepted.**

The Authority found a two-fold illegal conduct:

- Notwithstanding their invalidity pursuant to Legislative Decrees no. 223/06 and no. 7/07, the contracts of the insurance undertakings involved included exclusivity obligations;
- Such exclusivity provisions often were accompanied by a request for prior and/or prompt reporting in the event the agent accepted mandates from other insurance companies, with the failure to so report being a basis for revocation of the mandate.

**ii) Provisions relative to efficiency of the agents.**

The additional potentially illegal clauses regarded the movable and immovable property necessary to perform the activity under the mandate and the possible consequences of their use in the event of revocation. In detail, the ICA analysed provisions relating to:

- premises used by agents. Although the contracts to use the premises are in name of the agent, thus imposing risks and charges on the agent, they grant a right to the insurance company to occupy the premises, in the place of the agent, if the mandate to the agent is terminated, to with the subsequent duty for the agent to leave the premises, and consequent loss of goodwill, and of the premises available to the company, with the obligation to transfer the telephone service to the new agent.

- gli obblighi di usare un conto corrente solo per i contratti conclusi con una singola compagnia assicurativa.

### iii) Disposizioni relative al sistema della provvigioni.

L'AGCM ha ritenuto illecita la struttura delle provvigioni derivante dalle clausole che, al fine di garantire il mantenimento del "portafoglio esistente", non si limitavano a premiare, direttamente o indirettamente, gli agenti per l'incremento della clientela assicurata, ma tendevano a remunerare la conservazione della domanda esistente prevedendo che in caso di riduzione del portafoglio gestito per la compagnia originaria l'agente stornasse, in tutto o in parte, le provvigioni precontate.

Nel corso del procedimento le società hanno presentato impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/1990. L'Autorità ha proceduto alla valutazione degli impegni, come integrati e modificati a seguito del *market test*, distinguendo per ciascuna delle sopra richiamate previsioni contrattuali oggetto di contestazione. In particolare:

Sub *i*), con riguardo agli impegni sulle disposizioni relative all'esclusiva nei contratti agenziali e all'informativa in caso di assunzione di altri mandati.

- In merito ai richiami ai regimi di esclusiva e ai condizionamenti al permanere in vigore della legislazione vigente, le compagnie assicuratrici si sono impegnate sia ad eliminare il condizionamento della possibilità di assumere più mandati nei rami danni al permanere in vigore della normativa di settore che a rimuovere i richiami ai regimi di esclusiva specificati nell'Accordo Nazionale Agenti ("ANA"). Alcune, inoltre, si sono impegnate a precisare che i propri agenti possano operare, nei rami danni, anche per conto di compagnie concorrenti.
- In relazione agli obblighi di comunicazione nel caso di acquisizione di altri mandati, tutte le società denunciate si sono impegnate a non prevedere alcun obbligo informativo, o al più, in taluni casi, un obbligo di comunicazione *ex post*.

Secondo l'AGCM, gli impegni, nel loro complesso, fornendo agli agenti un quadro di riferimento chiaro e certo, consentono di rimuovere la percezione di temporaneità e di rischio dell'operatività per conto di più compagnie eliminando il pericolo per cui, in caso di modifica del quadro normativo vigente, eventuali rapporti con altre compagnie vengano considerati illegittimi o che vi siano discriminazioni in caso di assunzione di nuovi mandati.

- The prohibition to use information technology systems and databases on customers in the portfolio for activities other than merely explaining the agency relationship with the principal;
- The obligations to use a bank account solely for contracts with a single insurance company.

### iii) Provisions relative to the commissions mechanisms.

The Authority found that the structure for commissions under the agreements was illegal. Indeed, the relevant provisions, to ensure that of the "the existing portfolio" would be maintained, did not just directly or indirectly reward the agents for the increase in the number of insured customers, but tended to remunerate the preservation of the existing customers by providing that in the event of reduction of the managed portfolio the agent would have to divert, in whole or in part, the pre-paid commissions.

In the context of the case, the companies submitted commitments within the meaning of article 14-ter of law 287/1990. The Authority evaluated the commitments, as supplemented and amended following the market test, for each of the above mentioned provisions of the contracts object of the dispute. Specifically:

- With regard to the commitments relating to the **exclusivity rights in agency agreements and the reporting requirements in the event other mandates were accepted**.
- With regard to exclusivity requirements and to existence thereof as long as the applicable legislation remains in force, the insurance companies made a commitment to delete any attempt to condition the decision to take on additional mandates, and to remove the references to the exclusivity schemes specified in the National Accord Agents ("NAA") to take more mandates in damages insurance market until the current sector regulations remain in force. Some undertakings also made a commitment to point out that their agents could operate, in that market, on behalf of competitors.
  - In relation to the duty of disclosure in the case of acceptance of other mandates, all the companies committed not impose to any obligation to provide disclosure, or at the most to include only an obligation to disclose following acceptance.

According to the ICA, the commitments, as a whole, giving agents a clear and certain framework, will remove the perception of temporariness and risk of the operations on behalf of several companies by eliminating the danger to which, in the case of modification of the existing regulatory framework, any relationships with other companies would be

Sub *ii*), con riguardo agli impegni sulle disposizioni relative all'operatività degli agenti.

- in merito al diritto di subentro nei locali agenziali, le imprese si sono impegnate a rinunciare, anche nelle ipotesi in cui abbiano prestato fideiussione, a condizione, in quest'ultimo caso, che l'agente presenti al locatore lettera di avvenuta rinuncia alla garanzia prestata dalla compagnia assicuratrice.
- sull'utilizzo dei locali commerciali e delle utenze, le società si sono impegnate a considerare priva di efficacia ogni disposizione contrattuale volta ad impedire all'agente di utilizzare i locali per svolgere l'attività per conto di altre compagnie assicuratrici.
- con riferimento ai sistemi operativi (*hardware* e *software*) ed ai *database*, tutte le imprese hanno distinto a seconda del fatto che la strumentazione informatica fosse di proprietà dell'agente o della compagnia assicuratrice e di conseguenza hanno limitato l'esclusiva ai soli beni e servizi di loro proprietà. In alcuni casi si sono impegnate a consentire l'utilizzo anche dei propri sistemi operativi purché ciò avvenga con modalità che siano c.d. *web based*.
- rispetto alla previsione di un conto corrente solo per i contratti conclusi con una singola compagnia assicurativa, le società si sono impegnate ad eliminare tale obbligo, purché gli agenti adottino procedure idonee a garantire la riferibilità delle somme depositate alle singole imprese preponenti, o a tenere indenni gli agenti dalle spese e dagli oneri connessi all'apertura ed alla gestione di un conto dedicato.

L'Autorità ha ritenuto che con gli impegni presentati siano venuti meno gli ostacoli di natura operativa all'assunzione di mandati da più compagnie assicurative. Infatti, sia l'eliminazione o attenuazione del diritto di subentro che gli impegni sull'utilizzo dei locali agenziali consentiranno all'agente di condurre la propria attività in maniera autonoma e con la garanzia di continuità dell'esercizio nei medesimi locali commerciali. Analogamente, sia le previsioni sui sistemi informativi che quelle sui conti correnti garantiranno una gestione più efficiente delle risorse.

Sub *iii*), con riguardo agli impegni sulle provvigioni, le imprese si sono impegnate ad eliminare non soltanto qualsiasi distinzione tra agenti monomandatari e plurimandatari, anche in relazione a forme di incentivazione collegate alla conservazione del portafoglio diverse dalla provvigione, ma anche ogni richiamo agli istituti dell'indennità di risoluzione e della rivalsa, per come disciplinati dall'ANA.

considered illegal or that there would be discrimination in the case of recruitment of new mandates.

- ii) With regard to the commitments on the provisions relating to efficiency of the agents.
  - The companies made a commitment to eliminate the right of the insurance company to replace the agent in the use of the premises, even in cases in which the insurance company have granted surety, on the condition that, if the insurance company has granted surety, the agent presents to the landlord a letter in which he or she opts out of the surety given by the insurance company.
  - Concerning the use of premises and telephone lines, the companies have agreed to consider ineffective any contractual provision intended to prevent the agent from using the premises to perform the agent's services on behalf of other insurance companies.
  - Concerning the operating systems (*hardware* and *software*) and the *databases*, all undertakings distinguished between operating systems owned by the agent from those owned by the insurance company, and therefore limited exclusively to goods and services of their property. In some cases the companies made a commitment to allow the use of their web-based operating systems.
  - Concerning the use of a bank account only for contracts relating to one sole insurance company, the companies made a commitment to eliminate this requirement, provided that the agents adopt appropriate procedures to ensure that the funds deposited to each company can be traced, or to pay themselves the costs associated with the opening and management of a dedicated account.

The Authority concluded that, considering the commitments offered, obstacles no longer exist to the operational acceptance of mandates from different insurance companies. In fact, both the elimination or minimisation of the right to replace the agent in the use of the premises and the commitments on the use of agency premises will allow the agent to carry out his or her activities independently and with the guarantee of continuity of in the same location. Similarly, both the commitments on the information technology systems and on the current accounts will ensure a more efficient management of resources.

- iii) with regard to the commitments on commissions, the companies made a commitment to eliminate any distinction between single-mandate agents and multi-mandate agents, also in relation to incentives related to the conservation of the

L'AGCM ha ritenuto che gli impegni, pur assunti con caratteristiche e connotazioni differenti, *“consentono di rendere le politiche di remunerazione dell'attività di intermediazione sostanzialmente neutre tra l'assunzione di uno o più mandati da parte degli agenti”* con conseguente rimozione dei disincentivi al plurimandato. In aggiunta, l'introduzione di specifiche disposizioni relative agli istituti economici più rilevanti nel rapporto agenziale, ovvero il trattamento di fine rapporto e la rivalsa, prima disciplinati mediante il richiamo all'ANA, da un lato, ha consentito di ridurre l'omogeneità di importanti variabili competitive, quali il peculiare legame economico esistente tra indennità di fine rapporto e rivalsa, aumentando la concorrenza nelle relazioni tra agenti e compagnie assicurative, e, dall'altro, ha rimosso alcuni disincentivi al plurimandato legati all'esistenza del suddetto legame.

A seguito della valutazione così operata, l'Autorità ha ritenuto gli impegni presentati nel loro complesso idonei a rimuovere i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria *“nella misura in cui consentono di superare le restrizioni verticali in grado di ostacolare la diffusione di reti di agenzia in plurimandato e, quindi, di favorire un effettivo confronto competitivo tra le compagnie assicuratrici nei mercati assicurativi danni, tra i quali in particolare il mercato R.C. Auto”*.

portfolio, and every reference to NNA that regulates termination, allowance and compensation.

In the view of ICA, commitments, enforced with different characteristics and connotations, *“allow to make the remuneration policies of intermediation substantially neutral between the assumption of one or more persons by the agents”* and, as result, obstacles to multi-mandate arrangements are removed. In addition, the introduction of specific provisions relating to the economic terms that are more relevant to the agency relationship, *i.e.* the termination indemnity and the compensation, once regulated by the reference to the NNA, on one hand, reduced the homogeneity of important competitive variables, such as the peculiar economic link between termination indemnity and compensation, increasing competition in relations between agents and insurance companies, and, on the other hand, removed obstacles to the multi mandate system that were connected to the existence of the mentioned link.

Following that assessment, the Authority considered the commitments submitted, in their entirety, able to remove the anti-competitive object of the enquiry given that *“they allow to overcome the vertical restraints that obstruct the spread of networks of agents in multi-mandate and, therefore, to promote effective competition between the insurance companies in the damages insurance markets, including in particular the market of automobile liability insurance”*.

## Interventi del Giudice Amministrativo

### **Il Consiglio di Stato conferma la decisione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel caso A437-Esselunga/Coop Estense**

*La Suprema Corte Amministrativa, ribaltando la conclusione del TAR del Lazio sulla medesima fattispecie, ha confermato la decisione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che aveva qualificato il comportamento di Coop Estense – diretto a precludere al concorrente Esselunga la possibilità di realizzare insediamenti di strutture commerciali nella Provincia di Modena – come abuso di posizione dominante.*

L’8 aprile 2014, il Consiglio di Stato ha emanato la sentenza n. 1673, con la quale ha annullato la precedente sentenza del TAR del Lazio n. 7826/2013, confermando la decisione n. 23639 emessa dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“**Autorità**” o “**AGCM**”) in data 6 giugno 2012, all’esito del procedimento A437 – ESSELUNGA/COOP ESTENSE (“**Decisione**”). In particolare, l’Autorità aveva deliberato che la società Coop Estense avesse abusato della posizione dominante detenuta nel mercato dei supermercati e degli ipermercati della provincia di Modena, ostacolando, o quanto meno ritardando fortemente, l’ingresso o l’espansione del concorrente Esselunga in tale provincia.

Nella specie, la condotta di Coop Estense, secondo l’AGCM, era consistita nel mettere in atto una strategia unitaria, continuata e ripetuta dal 2001 al 2009, articolata in comportamenti volti ad ostacolare i tentativi di Esselunga di avviare nuovi punti vendita alimentari, di medie e grandi dimensioni, in aree già nella disponibilità di quest’ultima, in particolare nei Comuni di Modena prima e di Vignola poi. In sostanza, Coop Estense, assumendo anche atteggiamenti dilatori e omissivi, aveva esercitato il suo “*potere di veto*” sui progetti presentati da Esselunga nell’ambito di procedure amministrative avviate dalla medesima per ottenere le necessarie autorizzazioni.

L’Autorità aveva accertato che, per effetto di tali comportamenti ostruzionistici, Coop Estense aveva mantenuto, ed anche rafforzato, la propria posizione dominante nei mercati rilevanti –

## The Administrative Judge’s interventions

### **The Supreme Administrative Court has upheld the decision of the Italian Competition Authority in the case A437 – Esselunga/Coop Estense**

*The Supreme Administrative Court has reversed the judgment of the Regional Administrative Court and affirmed the decision of the Italian Competition Authority which considered the behaviour of Coop Estense, which sought to prevent its competitor Esselunga from building stores in the Province of Modena, as an abuse of a dominant position.*

On 8 April 2014 the Supreme Administrative Court handed down judgment no. 1673 which set aside judgment no. 7826 issued by Regional Administrative Court of Lazio (“**TAR**”) on 2 August 2013 and affirmed the decision no. 23639 of the Italian Competition Authority (“**Authority**” or “**ICA**”) of 6 June 2012 relating to case A437 – ESSELUNGA/COOP ESTENSE (“**Decision**”). In particular, the Authority concluded that Coop Estense had abused its dominant position in the supermarkets and hypermarkets market in the province of Modena by hindering, or at the very least greatly slowing down, the entry or expansion of its competitor Esselunga into that province.

In the matter under consideration Coop Estense followed a single, continuous and repeated strategy from 2001 until 2009 which hindered the attempts of Esselunga to open nine new medium and large sized outlets in areas it already held in Modena and Vignola. In substance, Coop Estense engaged in dilatory and omissive conduct and exercised its “*power of veto*” over projects submitted by Esselunga in the administrative procedures it brought for the purpose of obtaining the authorisations required.

The ICA found that as a result of this obstructionism Coop Estense had kept and indeed strengthened its dominant position in the relevant markets – which already had little suitable space available for sales outlets and in which there significant administrative barriers to entry – by hindering an efficient competitor, Esselunga, from accessing those markets. Further, Coop Estense’s abuse of its dominant position caused damage



peraltro già caratterizzati da una scarsa disponibilità di aree idonee ad insediamenti commerciali e da significative barriere all'ingresso di natura amministrativa – impedendo ad un concorrente efficiente, quale Esselunga, di accedervi. Inoltre, la condotta abusiva posta in essere da Coop Estense aveva determinato un danno ai consumatori in termini di maggiori prezzi e/o di minore scelta. Per questi motivi, l'Autorità aveva multato la società Coop Estense con una sanzione di circa 4 milioni e 660 mila euro.

La Decisione è stata annullata dal TAR del Lazio, il quale ha ritenuto che il comportamento di Coop Estense non potesse qualificarsi come abusivo ai sensi dell'art. 3 della L. 287/90 poiché, seppure posto in essere da un'impresa in posizione dominante nei mercati rilevanti ed intenzionalmente diretto ad assumere carattere abusivo con *"intento escludente"* nei confronti di Esselunga, non aveva causato di per sé l'evento dell'esclusione di Esselunga dai mercati considerati.

Più in dettaglio, il Giudice di primo grado ha osservato che il provvedimento dell'Autorità è viziato da carenza di istruttoria e di motivazione, in quanto non aveva tenuto nella dovuta considerazione le *"altre circostanze"* che erano state determinate da cause amministrative e burocratiche – quali, ad esempio, il parere negativo reso da alcuni enti (ARPA/USL) coinvolti nella valutazione sulla edificabilità di strutture residenziali e sull'indagine ambientale dell'area di Modena e il mancato adeguamento del Piano di sviluppo edile da parte di Esselunga al parere della Commissione Edilizia. Si trattava di circostanze non ascrivibili alla condotta di Coop Estense che avevano tuttavia contribuito, in concreto, ad interrompere il nesso di causalità tra la condotta imputata a Coop Estense e l'esclusione di Esselunga. Pertanto, il TAR ha ritenuto il provvedimento viziato per *"mancata assoluta dimostrazione della sussistenza di un nesso causale, anche concorrente, ma di rilievo determinante, tra la condotta di Coop Estense e la esclusione di Esselunga"*.

In difformità dalla sentenza del TAR del Lazio, il Consiglio di Stato ha invece confermato la decisione dell'Autorità.

La Suprema Corte Amministrativa ha ritenuto necessaria e sufficiente ad integrare la fattispecie di abuso di esclusione la presenza di un *"intento"* escludente e non già la realizzazione dell'evento dell'esclusione dal mercato. In sostanza, il Consiglio di Stato ha ribadito che questo illecito si perfeziona con la messa in atto della condotta anticoncorrenziale da parte dell'impresa dominante, purché questa sia anche solo potenzialmente idonea a restringere la concorrenza, ovvero sia tale da avere, o da poter avere, un tale effetto.

to consumers through higher prices and/or less choice. For these reasons the Authority fined Coop Estense around Euro 4.66 million.

The Decision was set aside by the TAR, which took the view that the behaviour of Coop Estense could not be considered abuse within the meaning of section 3 of Law 287/90 because, although the abuse was carried out by an undertaking in a dominant position in the relevant markets which had an *"excluding intent"* towards Esselunga, it did not in and of itself cause the exclusion of Esselunga from the markets in question.

More specifically, the TAR observed that the Decision was flawed by shortcomings in terms of evidence gathering and grounds as it failed to take due account of *"other circumstances"* of an administrative and bureaucratic nature, such as for example the negative opinions issued by some bodies (ARPA/USL) involved in the suitability assessment for residential buildings, the environmental enquiry into the area of Modena and the failure on the part of Esselunga to bring the Building Development Plan into line with the opinion of the Building Commission. These circumstances cannot be ascribed to the behaviour of Coop Estense but did contribute to severing the causal relationship between the conduct ascribed to Coop Estense and the exclusion of Esselunga. Accordingly, the TAR deemed the decision flawed due to the *"complete failure to demonstrate a causal relationship or even a concurrent causal relationship of any decisive significance between the behaviour of Coop Estense and the exclusion of Esselunga"*.

The Supreme Administrative Court overruled the judgment of the TAR and affirmed the decision of the ICA.

The Supreme Administrative Court, however, held that in order for the definition of abuse of dominant position and exclusion to be satisfied an excluding *intent* is sufficient and actual exclusion from the market is not required. In substance, the Supreme Administrative Court stressed that wrongdoing is committed if the dominant undertaking engages in anti-competitive behaviour even if the behaviour is merely potentially capable of restricting competition or has such effect or can have such effect.

The Supreme Administrative Court then added that the Authority must establish that there is excluding intent *"circumstantially as an element in addition to the sum of otherwise lawful behaviours"*. Accordingly, the Authority must seek to find those behaviours which, although lawful considering the various areas of the legal system involved (i.e. in the case at hand the actions

Il Consiglio di Stato ha poi aggiunto che l’Autorità deve accertare l’intento escludente *“indiziariamente come un quid pluris che si aggiunge alla sommatoria di comportamenti altrimenti leciti”*. Pertanto, l’indagine dell’Autorità deve mirare ad accertare quelle condotte che, anche se legittime alla luce dei vari settori dell’ordinamento investiti (come, nella specie, appaiono essere quelle realizzate in sede di procedimento amministrativo da Coop Estense), *“si colorano”* come elementi indicatori di un eventuale intento lesivo della concorrenza.

Il Supremo Giudice, infine, ha colto l’occasione per fare chiarezza sugli elementi costitutivi della fattispecie di abuso, ricordando che il limite tra uso e abuso della posizione dominante è da individuare in concreto comparando, in ragione del principio generale di proporzionalità, il particolare potere economico detenuto dall’impresa in posizione dominante in un mercato rilevante e le distorsioni della concorrenza che la condotta di quell’impresa in quello specifico ambito è in grado di generare. Come noto, infatti, *“questa particolare posizione è fonte, in quel mercato, di una ‘speciale responsabilità’ che incombe sull’impresa dominante, con conseguenti obblighi particolari di astenersi da comportamenti che avrebbero un effetto distorsivo proprio in quanto originati dalla dominanza”*.

In conclusione, il Consiglio di Stato ha ritenuto sussistente l’abuso di posizione dominante realizzato da Coop Estense nelle modalità e nel periodo accertato nella decisione dell’Autorità, seppure ha ordinato alla stessa la rettifica di un errore materiale di calcolo nella quantificazione della sanzione comminata alla società.

taken by Coop Estense in the administrative procedure appear to be lawful), are marked by elements indicating a possible intent to damage competition.

The Supreme Administrative Court took the opportunity to clarify the elements that constitute abuse of a dominant position and recalled that the line between use and abuse of a dominant position must be identified by comparing on the basis of the general principle of proportionality the specific economic power held by an undertaking in a dominant position in the relevant market and the distortions of competition which the behaviour of the undertaking in that specific setting is able to generate. As is known *“this particular position is the source, in that market, of a “special responsibility” incumbent upon the dominant undertaking and entails specific obligations to refrain from behaviours which would have a distorting effect specifically because they originate in the dominance”*.

In conclusion, the Supreme Administrative Court held that Coop Estense abused its dominant position through recourse to the methods and within the time frame found by the Authority. It did, however, order the Authority to rectify a clerical error made in calculating the fine imposed on the company.

## Interventi del Giudice Amministrativo

### **Il Consiglio di Stato annulla la decisione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato relativa al caso A413 – TNT Post Italia/Poste Italiane**

*La Suprema Corte Amministrativa, confermando la conclusione del TAR del Lazio sulla medesima fattispecie, ha annullato la decisione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che aveva accertato la sussistenza di un abuso di posizione dominante da parte di Poste Italiane nei mercati postali dei servizi di recapito mediante messo notificatore e dei servizi “a data e ora certa”.*

Il 6 maggio 2014, il Consiglio di Stato, Sez. VI, ha emanato la sentenza n. 2302 con la quale sono stati rigettati gli appelli proposti, in via principale, dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“**Autorità**” o “**AGCM**”), e in via incidentale da TNT Post Italia S.p.A. (“**TNT**”), ed è stata così confermata la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sez. I (“**TAR**”), del giugno 2013, n. 5769, che aveva annullato la decisione dell’AGCM del 21 febbraio 2012 (“**Decisione**”).

Con la Decisione, l’AGCM aveva sanzionato, in relazione al caso A413 – TNT POST ITALIA/POSTE ITALIANE, Poste Italiane (“**Poste**”) per un presunto abuso di posizione dominante in violazione dell’art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (“**TFUE**”), che si sarebbe concretizzato in una strategia diretta a ostacolare lo sviluppo concorrenziale dei mercati dei servizi di spedizione attraverso messo notificatore e dei servizi di recapito “a data e ora certa”.

In particolare, i singoli comportamenti contestati a Poste Italiane, quali manifestazioni di tale strategia, sarebbero consistiti nella: (i) intenzionale intercettazione della corrispondenza del concorrente TNT e sfruttamento del rinvenimento di tale corrispondenza per conoscere e seguire l’attività del concorrente e definire azioni strategiche di recupero della clientela (c.d. *winback*); (ii) offerta del servizio di posta certificata denominato “*Posta Time*” a prezzi predatori e selettivi al fine di escludere dal mercato TNT (presente con analogo servizio denominato

## The Administrative Judge’s interventions

### **The Supreme Administrative Court annuls the decision of the Italian Competition Authority in case A413 – TNT Post Italia / Poste Italiane**

*The Supreme Administrative Court, confirming the holding of the Regional Administrative Court of Lazio on the same case, set aside the decision of the Italian Competition Authority that ascertained the existence of an abuse of a dominant position by Poste in the postal markets related to delivery services by courier and services that validly attest to “date and time” of delivery.*

On 6 May 2014, the Council of State, Section VI, issued judgment no. 2302 and rejected the appeals filed by the Italian Competition Authority (“**Authority**” or “**ICA**”) and TNT Post Italia S.p.A., thus confirming judgment no. 5769 of the Regional Administrative Court of Lazio, Section I (“**TAR**”) of 25 June 2012, which annulled the ICA’s decision on the case A413 – TNT POST ITALIA/ POSTE ITALIANE, of 21 February 2012 (“**Decision**”) sanctioning Poste Italiane (“**Poste**”) for an alleged abuse of dominant position in the markets for postal services in breach of Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (“**TFEU**”).

According to the Authority, Poste acted in pursuit of an anti-competitive strategy aimed to hinder the development of markets for delivery services by courier and delivery services that attest to the specific “date and time” of delivery .

The several actions of Poste being ascribed as manifestation of this general strategy are: (i) intentionally seizing the correspondence of its competitor TNT and exploitation of the seized correspondence to learn and to track the activities of the competitor and accordingly plan actions to “win-back” the competitor’s customers; (ii) charging of predatory and selective prices for the certified mail service called “*Posta Time*”, so as to exclude from the market the competitor TNT (that offers a similar service called “*Formula Certa*”); (iii) offering predatory deals with the aim of excluding competitors in the context of two different

“*Formula Certa*”); (iii) presentazione di offerte predatorie con finalità escludenti nell’ambito di due distinte gare (la prima bandita dal Comune di Milano per l’affidamento del servizio di recapito “a data e ora certa”, la seconda bandita da Equitalia per l’affidamento del servizio di recapito mediante messo notificatore).

Il Consiglio di Stato, dopo essersi pronunciato sulle doglianze dei ricorrenti circa la violazione, da parte del TAR, dei limiti del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, ha evidenziato l’erroneità dei presupposti di fatto su cui si è fondata la Decisione in ordine all’accertamento di condotte abusive ascritte a Poste.

Quanto alla lamentata violazione del sindacato giurisdizionale, sono stati ribaditi i principi affermati da un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato, in base al quale, in materia antitrust, il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica dell’AGCM non si svolge solo con riguardo ai vizi dell’eccesso di potere ma anche attraverso la verifica dell’attendibilità delle valutazioni tecniche compiute dall’Autorità.

Ad integrazione di ciò, il Consiglio di Stato ha chiarito che il sindacato è pieno e particolarmente penetrante e può estendersi sino al controllo dell’analisi tecnica compiuta dall’Autorità. Rileva il Giudice che occorre superare la distinzione tra sindacato “forte” o “debole”, ponendo l’attenzione “unicamente sulla ricerca di un sindacato, certamente non debole, tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie”. Il Giudice amministrativo, in altri termini, è chiamato a verificare, senza alcuna limitazione, se il potere attribuito all’Autorità sia stato da quest’ultima correttamente esercitato.

Quanto alle violazioni accertate dall’Autorità, la sentenza in oggetto ha rilevato la mancanza di elementi di prova a sostegno delle condotte asseritamente abusive.

Segnatamente, non sarebbe stata dimostrata, attraverso l’istruttoria condotta dall’AGCM, la sussistenza di una strategia volta a sfruttare il rinvenimento della corrispondenza degli operatori concorrenti per porre in essere azioni di recupero della clientela. Di contro, l’attività di intercettazione, reportistica e monitoraggio di tale corrispondenza può essere oggetto di una spiegazione alternativa alla strategia anticompetitiva di *win-back*, essendo plausibilmente riconducibile “alle esigenze di individuare eventuali violazioni, da parte degli operatori concorrenti, della

public tenders (the first by the Municipality of Milan for “date and time” delivery services, and the second by Equitalia for courier delivery services).

The Council of State, after expressing its position on the appellants’ complaints on the violation of the limits of judicial review of the administrative court, highlighted the inaccuracy of the facts used as the basis to find and ascertain the existence of the abusive conducts by Poste.

With reference to the alleged violation of the court’s limits of judicial review, the Council of State reaffirmed the principles established by several past judicial decisions, whereby, on matters of antitrust, the administrative court has authority to judge on the Authority’s technical discretion, not only by reviewing whether the Authority’s does not take place exclusively with respect to actions were *ultra vires*, but also by verifying of the reliability of the technical evaluations performed by the Authority.

Moreover, the Council of State held that the administrative court can also review the technical evaluations performed by the Authority. The Council of State reasoned that, beyond the distinction between “strong” and “weak” jurisdiction, the attention must focus on “*the exclusive search for the authority, certainly not weak, leaning towards a common model at the EU level, in which the principle of effective jurisdiction is applied to each specific controversy*”. In other words, the TAR must verify, without any limit, whether the Authority properly exercised the powers granted to it.

The Council of State found that there was no evidence to support the finding by the Authority that the conducts ascribed to Poste were abusive.

More precisely, the ICA’s investigation did not show the existence of a strategy aimed at exploiting the competitors’ correspondence to implement a customer win-back action. On the other hand, the seizing of the correspondence, monitoring and reporting of such correspondence may be explained otherwise (i.e., not as part of an anticompetitive win-back strategy), such as by the “*need to identify violations, by competitors, of the legislation applicable to postal services and the postal network,*” and to prevent prejudice the proper operations of the universal service.

Secondly, the Council of State underlined that there is no evidence to support [the position that] Poste charges predatory and selective prices for its service “Posta Time” to exclude TNT

*normativa relativa alla rete e ai servizi postal*”, e di evitare danni al corretto funzionamento del servizio universale.

In secondo luogo, sostiene ancora il Consiglio di Stato, non sono rinvenibili elementi probatori a sostegno dell'applicazione, da parte di Poste, per la fornitura del servizio “*Posta Time*”, di prezzi predatori e selettivi volti a colpire TNT.

Dal fascicolo istruttorio, infatti, emerge che i prezzi praticati da TNT erano addirittura più elevati di quelli applicati da Poste. L'errore dell'AGCM circa la natura predatoria dei prezzi praticati dall'*incumbent*, peraltro, deriva da un'erronea ricostruzione dei costi, per calcolare i quali sono stati presi in considerazione i dati risultanti a consuntivo dalla contabilità regolatoria relativa al servizio universale – dunque in una prospettiva *ex post*, mentre l'analisi della strategia dei prezzi in materia *antitrust* deve essere effettuata secondo una prospettiva valutativa *ex ante* – senza depurarli “*dei maggiori oneri notoriamente derivanti dall'insaturazione della rete postale, connessa all'assolvimento agli obblighi del servizio universale*”.

Escluso, dunque, il raggiungimento della prova in ordine alla predatorietà dell'offerta “*Posta Time*”, altrettanto priva di sufficiente suffragio probatorio è rimasta l'asserita selettività della strategia dei prezzi di Poste, dovendosi per contro ritenere comprovato che l'offerta del servizio *in questione*, fosse basata su condizioni *standard*, applicate in modo uniforme a tutti i clienti che avessero raggiunto la soglia quantitativa prevista (un milione di invii all'anno).

Infine, in ordine alla predatorietà delle offerte presentate nell'ambito delle gare bandite dal Comune di Milano e da Equitalia, il Consiglio di Stato, confermando le conclusioni raggiunte dal TAR, ha riconosciuto la sussistenza di elementi a sostegno della piena remuneratività dei prezzi offerti da Poste. Del resto, argomenta il Consiglio di Stato, nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, vengono condotte specifiche verifiche volte ad escludere le offerte anomale connotate da un significativo discostamento dal prezzo base. La circostanza per cui Poste, quindi, non sia stata esclusa dalle gare in questione dimostra, *per tabulas*, l'impossibilità di rinvenire natura predatoria nei prezzi da essa offerti.

In definitiva, secondo il Consiglio di Stato, né le singole condotte anticoncorrenziali contestate dall'AGCM, né l'unitaria strategia di abuso di posizione dominante, di cui le prime costituirebbero concreta espressione, possono ritenersi comprovate nei loro elementi costitutivi.

The records of the investigation by ICA show that the prices charged by TNT were even higher than those charged by Poste. The Authority's error on the predatory nature of the prices charged by the incumbent operator, however, is the result of an erroneous reconstruction of how the costs are calculated. Costs, in fact, were calculated on the data resulting from the final regulatory accounting, relating to the universal service, and therefore on an *ex-post* basis – while the analysis of prices from an antitrust point of view must be carried out on an *ex ante* basis – and without expunging “*the higher charges that are known to arise from the activity related to the postal network, linked to the performance of the obligations relating to the universal postal service.*”

In addition, the Council of State also found that no evidence existed to ascertain that the Poste's pricing strategy for the market in question was selective, as had been alleged. In reality, the “*Post Time*” service was offered on standard conditions, applied uniformly to all customers who reach the pre-defined quantity threshold (one million items sent in any year); in particular, there is no evidence of even one case where “*Post Time*” service was denied to a customer that had reached the above threshold.

Finally, with reference to the predatory nature of the economic conditions proposed in the context of the tenders by the City of Milan and Equitalia, the Council of State, confirming the conclusions reached by the TAR, recognized that the prices proposed by Poste allowed full profitability. The Council of State further noted that the predatory nature, if any, of the prices proposed by Poste would have been detected by the special mechanisms specifically used in the context of public tenders to award work, service and supply contracts, precisely to exclude anomalous bids where the prices significantly deviates from the the base price.

The fact that Poste was not excluded from the tenders in question proves “*per tabulas*” that the prices applied by Poste were not of a predatory nature.

In conclusion, according to the Council of State, the ICA failed to show either any of the alleged anticompetitive conducts ascribed to Poste, or the general abuse of dominant position strategy.

## Interventi del Giudice Amministrativo

### Il TAR Lazio annulla la decisione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in un caso di presunto abuso di posizione dominante di Ferrovie dello Stato ai danni di Arenaways

*Il TAR del Lazio ha annullato il provvedimento dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che aveva imputato a Ferrovie dello Stato Italiane, Rete Ferroviaria Italiana e Trenitalia una strategia abusiva contraria all’art. 102 TFUE, costituita da comportamenti ingiustificatamente dilatori posti in essere per ostacolare l’accesso al mercato del trasporto passeggeri da parte di Arenaways S.p.A.*

Con la sentenza n. 3398, depositata il 27 marzo 2014 (“**Sentenza**”), il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sezione I (“**TAR**”), ha accolto i ricorsi presentati dalle società Ferrovie dello Stato S.p.A. (“**FS**”),<sup>1</sup> Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. (“**RFI**”) e Trenitalia S.p.A. (“**Trenitalia**”), (congiuntamente “**il Gruppo FS**”), avverso la decisione n. 23770, relativa al caso A436 – ARENAWAYS – OSTACOLI ALL’ACCESSO NEL MERCATO DEI SERVIZI DI TRASPORTO FERROVIARIO, deliberata il 25 luglio 2012 (“**Decisione**”) dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“**Autorità**” o “**AGCM**”), che aveva qualificato come abuso di posizione dominante, in violazione dell’art.102 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (“**TFUE**”), la condotta posta in essere da FS attraverso le proprie controllate RFI e Trenitalia.

Secondo le ricostruzioni fornite dall’AGCM ed elaborate a seguito delle denunce pervenute da parte dell’impresa ferroviaria Arenaways S.p.A. (“**Arenaways**”) e di due associazioni di consumatori (i.e., Associazione indipendente di consumatori – Altroconsumo e Coordinamento delle associazioni e dei comitati di tutela dell’ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori – CODACONS) nei confronti del Gruppo FS, RFI, essendo il gestore dell’infrastruttura ferroviaria italiana, avrebbe tenuto comportamenti

<sup>1</sup> Oggi Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A.

## The Administrative Judge’s interventions

### The Regional Administrative Court of Lazio annuls the decision of the Italian Competition Authority in a case involving the alleged abuse of dominant position by the Italian State Railways to the detriment of Arenaways

*The Regional Administrative Court of Lazio has annulled the decision of the Italian Competition Authority, which had found that the Italian railway operators Ferrovie dello Stato Italiane, Rete Ferroviaria Italiana, and Trenitalia carried out an abuse in breach of Art. 102 of the TFEU by causing unjustifiable delays intended to prevent Arenaways S.p.A. from accessing the market of passenger transport*

With judgment no. 3398 of 27 March 2014 (“**Judgment**”) the Regional Administrative Court of Lazio, Section I (“**TAR**”) granted the appeal filed by the Ferrovie dello Stato S.p.A. (“**FS**”), Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. (“**RFI**”), and Trenitalia S.p.A. (“**Trenitalia**”, and jointly with FS and RFI, the “**FS Group**”) against decision no. 23770 (“**Decision**”) on the case A436 – ARENAWAYS – OSTACOLI ALL’ACCESSO NEL MERCATO DEI SERVIZI DI TRASPORTO FERROVIARIO PASEGGERI, issued by the Italian Competition Authority (“**Authority**” or “**ICA**”) on 25 July 2012. The Decision had found that the conduct of FS, through its subsidiary RFI and Trenitalia, was an abuse of dominant position in breach of Art. 102 of the Treaty on the Functioning of European Union (“**TFEU**”).

The Authority received complaints against the FS Group from the railway company Arenaways S.p.A. (“**Arenaways**”) and two consumer associations (i.e., the Associazione indipendente di consumatori – Altroconsumo, and Coordinamento delle associazioni e dei comitati di tutela dell’ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori – CODACONS), following which it prepared a reconstruction of the facts. According to the ICA’s reconstruction, RFI, the operator of the Italian railway

<sup>1</sup> Now, Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A.

ingiustificatamente dilatori rispetto alla richiesta di assegnazione delle tracce avanzata da Arenaways su alcune tratte ferroviarie tra le città di Torino e Milano. Secondo l'Autorità i suddetti comportamenti contestati si sarebbero concretizzati nell'avvio di una procedura di consultazione – non prevista dalla normativa vigente – con le due regioni interessate (Piemonte e Lombardia), con il Ministero per le Infrastrutture e i Trasporti nonché con l'Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari (“**URSF**”), allo scopo di verificare (i) la natura dei servizi di Arenaways, (ii) il sistema tariffario del nuovo entrante, ed infine (iii) l'eventuale impatto dell'ingresso di Arenaways sull'equilibrio economico dei contratti di servizio pubblico di cui Trenitalia era parte.

Inoltre, è stato ritenuto che, al fine di orientare la decisione del regolatore a proprio favore, Trenitalia avrebbe fornito all'URSF una rappresentazione dei fatti oggettivamente fuorviante e idonea ad indurre il regolatore ad una decisione di diniego della possibilità per Arenaways di effettuare fermate intermedie fra Torino e Milano.

Secondo l'AGCM i sopra descritti comportamenti avrebbero portato ad un ritardo di oltre 18 mesi sulla procedura per consentire ad Arenaways di accedere all'essenziale infrastruttura ferroviaria per operare nel mercato a valle del trasporto ferroviario passeggeri, e dunque avrebbe costituito un'articolata e unitaria strategia volta ad ostacolare – se non impedire – l'ingresso di un concorrente in grado di offrire un servizio innovativo e commercialmente appetibile.

Alla luce di ciò, l'Autorità ha erogato a FS e RFI, in solido, una sanzione amministrativa pecuniaria per un importo complessivo pari ad Euro 100.000, nonché una sanzione amministrativa pecuniaria a carico di FS e Trenitalia, in solido, per un importo complessivo pari ad Euro 200.000.

Ebbene, come anticipato, la Sentenza del TAR ha annullato la decisione dell'Autorità sulla base dei seguenti motivi.

Con i ricorsi che hanno dato luogo alla Sentenza in commento, il Gruppo FS ha contestato, *inter alia*:

- (i) la competenza in capo all'AGCM a valutare in merito le condotte in esame;
- (ii) l'insussistenza dell'addebito di aver fornito dati e informazioni oggettivamente fuorvianti e idonei a indurre in errore l'URSF;
- (iii) il mancato assolvimento dell'onere probatorio in ordine al nesso di causalità tra la condotta imputata a FS per il tramite di RFI e l'asserito effetto escludente.

infrastructure, acted so as to cause unjustifiable delays in response to a request from Arenaways to be assigned “time slots” on several railway routes from Torino to Milan. The Authority stated that the challenged conduct consisted in commencing a consultation procedure, which is not required under applicable law, with the two Regions involved (i.e., Piedmont and Lombardy), with the Ministry of Transportation and Infrastructure, and with the Office for Railway Services (*Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari*, “**URSF**”), for the purpose of verifying: (i) the nature of the services to be provided by Arenaways, (ii) the prices charged by the new operator, and finally (iii) the effect, if any, that the entry into the market of Arenaways would have on the economic balance of the service public contracts entered into by Trenitalia.

Moreover, the ICA found that Trenitalia misrepresented the facts to the URSF so as to lead the URSF to make a decision in Trenitalia's favour, and to deny Arenaways permission to make any intermediate stops between Torino and Milano.

The Authority stated that the above conduct delayed by more than 18 months the procedure necessary to grant Arenaways access to the railway infrastructure, which access is essential to operate in the market of passenger transport; therefore, the conduct as a whole was a complex strategy to hinder – if not to prevent – the entry into the market of a competitor able to offer an innovative service with commercial appeal.

In light of the foregoing, the Authority sanctioned FS and RFI, jointly and severally, to pay an overall fine of Euro 100,000, and FS and Trenitalia, jointly and severally, to pay an overall fine of Euro 200,000.

As stated above, however, the TAR's judgment annulled the decision of the Authority on the grounds set out below.

The appeal by the FS Group that led to the Judgment included *inter alia* objections on the following:

- (i) the ICA's competence to evaluate the instant conduct;
- (ii) the inexistence of the charge that misleading information and data, suitable to lead the URSF to error, was provided;
- (iii) the failure to meet the burden of proof regarding the causal nexus between the conduct imputed to FS, through RFI, and the exclusion [of a competitor].

In relation to point i) above, the TAR confirmed its position that the Authority's competence is concurrent with that of the URSF,

Sub i), il giudice amministrativo ha ribadito, in primo luogo, il proprio orientamento in virtù del quale la competenza dell'AGCM coesiste con quella dell'URSF, in ragione delle differenti finalità delle funzioni svolte dai due soggetti istituzionali. In particolare, mentre l'attività dell'Autorità è indirizzata generalmente alla protezione dei consumatori e degli interessi concorrenziali delle imprese, quella di vigilanza svolta dall'URSF sui servizi ferroviari è volta a garantire che i diritti fissati dal gestore per l'utilizzo delle infrastrutture siano conformi alla disciplina in materia di ripartizione della capacità dell'infrastruttura ferroviaria. In questo modo, dunque, il TAR ha respinto l'eccezione attinente alla mancata competenza dell'Autorità a valutare nel merito l'impatto dei servizi proposti da Arenaways, ricordando tra l'altro le finalità complementari delle competenze dell'AGCM e dell'URSF.

Sub ii), In secondo luogo, dopo aver richiamato il principio di complementarietà delle funzioni, il TAR ha stabilito che nel ritenere inattendibili ed oggettivamente fuorvianti i dati forniti da Trenitalia all'URSF, l'Autorità avrebbe comunque straripato dai propri poteri, operando una istruttoria parallela ed una valutazione di merito in assoluta contraddizione con quanto già ritenuto dall'organismo di regolazione. Inoltre, il Giudice ha censurato la logicità delle conclusioni dell'Autorità, ricordando che le interlocuzioni avviate dal Gruppo FS con le autorità territoriali e centrali fossero prive di alcuna ragione di carattere obiettivo, ma fossero finalizzate esclusivamente a favorire l'operatore *incumbent*, come si evince dalla circostanza che queste inoltre *"hanno anche avallato, e per certi versi corroborato [...] la sostenibilità e la serietà di tali problematiche, che, per l'effetto, e anche tenuto conto delle modalità mediante le quali esse sono state, alla fine, composte, non possono considerarsi temerarie."*

Sub iii), infine, il TAR ha stabilito che anche se RFI non avesse avviato la procedura di consultazione, all'atto della richiesta di tracce orarie, Arenaways non sarebbe stata in condizione di avviare il servizio commerciale, non essendo in possesso del certificato di sicurezza, ovvero di uno dei requisiti cui la normativa di riferimento subordina la sottoscrizione del contratto per la concessione dei diritti di utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria.

In considerazione di quanto sopra esposto, il TAR ha dunque accolto i ricorsi del Gruppo FS avverso la Decisione in esame, disponendo l'annullamento di quest'ultima.

because of the different objective, roles and responsibilities of the two institutions. More precisely, while the Authority's activities mainly aim to protect consumers and competitiveness among businesses, the URSF has a duty to supervise railway services so to ensure that the tariffs set by the operator for the use of the infrastructures comply with the applicable law in terms of allocation of the railway infrastructure's capacity. Thus, the TAR denied the objection relating to the Authority's competence to evaluate, on the merits, the effect of the services proposed by Arenaways, because of the complementary purposes of the Authority and of the URSF.

In relation to point *ii*) above, the TAR – after having reiterated the principle of the complementary purposes – found that, in determining that the data provided by Trenitalia to URSF were unreliable and objectively misleading, the Authority had exceeded its powers and authority, because it had carried out a parallel investigation on the merits, in full contradiction with the findings of the URSF. Moreover, the TAR found that the conclusions of the Authority were not logical, and stated that the discussions commenced by the FS Group with the local and central authorities were not objective, but exclusively aimed to favour the incumbent operator, as can be inferred by the fact that the discussions: *"supported, and in certain ways also corroborated [...] the sustainability and seriousness of such problems that, as a result, also taking into account the methods by which they were eventually resolved, cannot be considered frivolous."*

In relation to point *iii*) above, finally, the TAR ruled that even in absence of the consultation procedure started by RFI, Arenaways – at the time it submitted its petition for the time slots – would not have been able to commence operating the service, because it did not yet hold a safety certificate, which certificate is one of the requirements under the law for a company to execute an agreement granting it the right to use the railway infrastructure.

In light of the above, the TAR granted the appeal submitted by the FS Group against the Authority's decision, and annulled the fines imposed.



## Interventi del Giudice Amministrativo

### **Il TAR del Lazio annulla il provvedimento dell' Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato recante il divieto di esecuzione dell'operazione di concentrazione nel caso C11878 – Italgas – Acegas-APS/Isontina Reti Gas**

*Con le sentenze in esame il TAR del Lazio ha annullato il provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con cui questa aveva vietato la realizzazione di un'operazione di concentrazione che prevedeva il passaggio del controllo congiunto di IRG da Eni ed Acegas-Aps ad Italgas ed Acegas-Aps.*

Con provvedimento n. 24320 del 17 aprile 2013 (“**Decisione**”), reso nel caso C11878 – ITALGAS – ACEGAS-APS/ISONTINA RETI GAS, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“**Autorità**” o “**AGCM**”) deliberava di vietare, ai sensi dell’art.18, comma 1, L. n. 287/1990, la realizzazione dell’operazione di concentrazione consistente nel passaggio del controllo congiunto della società Isontina Reti Gas (“**IRG**”) da Eni S.p.a. (“**ENI**”) ed Acegas-APS S.p.a. (“**Aceagas-Aps**”) ad Italgas S.p.a. (“**Italgas**”) ed Acegas-Aps. Sulla base delle evidenze acquisite, l’Autorità riteneva che l’operazione fosse suscettibile di determinare la costituzione di una posizione dominante in capo all’entità *post merger* e una sostanziale riduzione della concorrenza nei mercati rilevanti delle future gare per la concessione del servizio della distribuzione del gas naturale relative a 4 ambiti sovra-comunali (cd. “*Ambiti territoriali minimi*” – “**ATEM**”) di Gorizia, Pordenone, Trieste e Padova 1, in violazione dell’articolo 6 della L. n. 287/1990.

Il 20 marzo 2014, il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (“**TAR**”) ha emanato le sentenze nn. 3046 e 3047 con le quali ha accolto, con identiche argomentazioni, i ricorsi presentati rispettivamente dalle società Acegas-Aps e Italgas avverso la Decisione dell’Autorità.

Il TAR ha statuito che le valutazioni dell’AGCM sono errate sotto vari profili.

## The Administrative Judge’s interventions

### **The Regional Administrative Court of Lazio has reversed the decision of the Italian Competition Authority regarding the prohibition on the concentration in case C11878 – Italgas – Acegas-APS/Isontina Reti Gas**

*The Regional Administrative Court has set aside the decision of the Italian Competition Authority which had prohibited the concentration involving the transfer of joint control of IRG from Eni and Acegas-Aps to Italgas and Acegas-Aps.*

By way of the decision no. 24320 of 17 April 2013 (“**Decision**”) on the case C11878 – ITALGAS–ACEGAS-APS/ISONTINA RETI GAS, the Italian Competition Authority (“**Authority**” or “**ICA**”) prohibited within the meaning of section 18, sub-section 1 of Law 287/1990 the concentration consisting of the transfer of joint control of Isontina Reti Gas (“**IRG**”) by Eni S.p.a. (“**ENI**”) and Aceagas-APS S.p.a. (“**Aceagas-Aps**”) to Italgas S.p.a. (“**Italgas**”) and Aceagas-Aps. On the basis of the evidence acquired the Authority took the view that the transaction was likely to lead to the creation of a dominant position on the part of the post-merger entity and a substantial reduction in competition in the relevant markets for future calls for tenders for the licence to distribute natural gas relating to 4 supra-municipal areas (so-called “*Minimum territorial areas*” – “**ATEM**”) of Gorizia, Pordenone, Trieste and Padua 1 in breach of section 6 of Law 287/1990.

On 20 March 2014, the Regional Administrative Court of Lazio (“**TAR**”) handed down judgments 3046 and 3047 which allowed on identical grounds the appeals submitted respectively by Acegas-Aps and Italgas against the decision of the Authority.

The TAR held that the findings of ICA are wrong from various points of view.

Above all, the TAR held that the Authority’s decision was flawed from a logical point of view in relation to the identification of the

Anzitutto, il Giudice amministrativo ha ritenuto viziata, sotto il profilo logico, la Decisione con riferimento all'individuazione del mercato rilevante. In particolare, secondo il TAR, l'operazione non può essere valutata con riguardo agli effetti che si produrranno al momento della effettuazione delle gare d'ambito per il rilascio delle concessioni per lo svolgimento in esclusiva dell'attività di distribuzione del gas, quanto piuttosto sul più ampio mercato della distribuzione del gas nel suo attuale assetto.

Ad avviso del TAR, anche a voler condividere la ricostruzione dell'AGCM, *"appare assente proprio il presupposto della rilevanza del mercato in considerazione del fatto che le gare in esame riguardano solo 4 ATEM e, conseguentemente, una minima quota del mercato nazionale"*.

Il TAR, altresì, ha ritenuto logicamente viziata la valutazione operata dall'Autorità che ha ravvisato la finalità dell'operazione nella partecipazione congiunta di Italgas e Aceagas-Aps alle prossime gare negli ATEM interessati per il tramite di un veicolo societario comune, ossia IRG. Ad avviso del Giudice amministrativo, infatti, l'Autorità non ha tenuto conto che, a prescindere dalle forme organizzative che le società intenderanno adottare per la partecipazione alle gare, *"l'aggregazione tra gestori operanti al fine della razionalizzazione dell'assetto societario non costituisce di per sé una illecita modalità indicativa di finalità anticompetitive, ma si inserisce in una strategia di impresa tesa alla creazione di utili sinergie e riduzione dei costi in ragione di una politica di efficientamento comune alla totalità delle imprese presenti sul mercato"*.

Infine, il TAR ha osservato che, contrariamente a quanto sostenuto dall'Autorità, l'operazione di concentrazione non potrebbe avere quale effetto quello di eliminare la concorrenza potenziale tra Italgas e Aceagas-Aps nell'ambito degli ATEM considerati, poiché queste società, anche in assenza della predetta operazione, non si porrebbero in un rapporto di concorrenza potenziale tra di loro. Sul punto, il Giudice amministrativo ha ricordato che un'impresa costituisce un concorrente potenziale sul mercato solo se, in mancanza dell'applicazione della concertazione programmata, vi sarebbero state possibilità reali e concrete che questa entrasse in detto mercato e facesse concorrenza alle imprese che vi sono stabilite.

Dunque, alla luce di tali argomentazioni, il TAR ha accolto i ricorsi presentati da Italgas e Aceagas-Aps, annullando, per l'effetto, la Decisione recante il divieto di esecuzione dell'operazione di concentrazione.

Administrative Court, the concentration cannot be evaluated with regard to the effects produced that will be produced at the time of the calls for tenders relating to the licenses to perform exclusively the distribution of gas rather than on the wider market for the distribution of gas in its current structure.

In the view of the TAR, even if for the sake of argument one agreed with the Authority, *"the prerequisite of the relevance of the market due to the fact that the calls for tenders under consideration relate to only 4 ATEMs and, consequently, a minimum share of the national market"*.

The TAR also held that the finding of ICA was flawed from a logical point of view where it argued that the purpose of the transaction relating to the joint participation of Italgas and Aceagas-Aps in the next few calls for tenders in the ATEMs in question through a common corporate vehicle, in other words IRG. In the opinion of the TAR, the Authority did not take into account the fact that regardless of the organisational forms that the companies intend to adopt for participation in the calls for tenders *"the aggregation between operators working to rationalise the company structure does not constitute in and of itself an unlawful method indicating anti-competitive purposes but forms part of a strategy of the undertaking aimed at creating useful synergies and the reducing costs on account of a policy of enhancing efficiency common to all undertakings present on the market"*.

Finally, the TAR observed that, contrary to the arguments of the Authority, the concentration could not have the effect of eliminating the potential competition between Italgas and Aceagas-Aps within the scope of the ATEMs under consideration as these companies, even without the concentration, would not be in a position of potential competition amongst themselves. On this point, the TAR recalled that an undertaking constitutes a potential competitor on the market only if, without the planned collusion, there would be real and concrete possibilities that it could enter the market and compete with the established undertakings.

Therefore, in light of these arguments, the TAR allowed the appeals submitted by Italgas and Aceagas-Aps, setting aside as a consequence the ICA's prohibition.

## Interventi del Giudice Amministrativo

### **Il Tar del Lazio annulla la decisione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in un caso di cartello nel mercato del trasporto marittimo di linea di passeggeri**

***Il TAR del Lazio ha annullato la Decisione con cui l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha sanzionato alcune imprese attive nel mercato del trasporto marittimo di linea di passeggeri in quanto non è stata fornita una prova sufficiente dell’esistenza dell’intesa contestata.***

Il 7 maggio 2014, il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sez. I (“**TAR**”), ha emanato le sentenze n. 4730 e 4731 con le quali ha accolto gli appelli proposti rispettivamente dalle società Grandi Navi Veloci S.p.a. (“**GNV**”), Marininvest S.r.l. (“**Marinvest**”), Snav S.p.a. (“**Snav**”) e Moby S.p.a. (“**Moby**”) avverso la decisione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“**Autorità**” o “**AGCM**”) dell’11 giugno 2013 n. 24405 (“**Decisione**”), resa all’esito del procedimento I743 TARIFFE TRAGHETTI DA/PER LA SARDEGNA, di cui è già stata data evidenza nella Newsletter n. 1 – 2013 di Clifford Chance, annullandola nella parte in cui comminava la sanzione alle imprese denunciate.

L’Autorità, nell’avviare il procedimento I743, si proponeva di accertare l’esistenza di un’intesa, nella forma della pratica concordata, ai sensi dell’articolo 101 TFUE, tra le citate compagnie, volta ad alterare le dinamiche competitive nei mercati dei servizi di trasporto marittimo di linea di passeggeri tramite traghetti sulle rotte da/per la Sardegna.

All’esito dell’istruttoria, l’AGCM ha ritenuto sussistente l’intesa. In particolare:

- i) ha rilevato un parallelismo di condotte da parte di Moby, GNV e Snav, le quali avrebbero tutte applicato incrementi significativi dei prezzi, generalmente superiori al 65%, nella stagione estiva (giugno – settembre) 2011; e

## The Administrative Judge’s interventions

### **The Regional Administrative Court of Lazio reverses a decision of the Italian Competition Authority relating to a cartel on the market for maritime passenger transport**

***The Regional Administrative Court of Lazio has set aside a decision of the Italian Competition Authority which imposed sanctions on undertakings operating in the maritime passenger transport sector as the Authority did not provide sufficient evidence of the existence of the alleged agreement.***

On 7 May 2014, the Regional Administrative Court of Lazio, Rome, Section I (“**TAR**”) handed down judgments no. 4730 and no. 4731 which allowed appeals brought respectively by Grandi Navi Veloci S.p.a. (“**GNV**”), Marininvest S.r.l. (“**Marinvest**”), Snav S.p.a. (“**Snav**”) and Moby S.p.a. (“**Moby**”) against the decision of the Competition Authority (“**Authority**” or “**ICA**”) of 11 June 2013, no. 24405 (“**Decision**”) on case I743 TARIFFE TRAGHETTI DA/PER LA SARDEGNA which we already discussed in Clifford Chance Newsletter no. 1 of 2013. The judgment nullified the part which imposed the sanctions on the undertakings against which the complaints had been brought.

The Authority launched investigation I743, which resulted in the Decision, in order to ascertain whether there was an agreement, in the form of a concerted practice within the meaning of section 101 TFEU, between the aforementioned companies aimed at altering the competitive dynamics in the market for maritime passenger transport services by ferry on the routes to and from Sardinia.

Following the enquiry, the ICA took the view that an undertaking existed. In particular it:

- i) found parallelism in the behaviour of Moby, GNV and Snav which all applied significant price increases, generally exceeding 65%, in the summer season (June – September) 2011; and

- ii) ha individuato alcuni elementi di contatto tra le Parti, supportati da contratti qualificati, attestanti il suddetto parallelismo.

Sub i), nella Decisione, la prova del parallelismo è stata collegata:

- alla circostanza per cui negli anni precedenti e sulle medesime rotte si osservavano comportamenti sostanzialmente competitivi delle imprese e comunque coerenti con strategie commerciali autonome; nonché
- alla circostanza per cui le condotte contestate “non troverebbero altra spiegazione se non nell’esistenza di un cartello”.

Al fine di individuare la percentuale degli aumenti, l’Autorità ha fatto riferimento ai ricavi medi unitari per passeggero considerando tale valore “una proxy delle tariffe effettivamente praticate”. Una variabile *proxy* è un indicatore statistico che descrive il comportamento di un determinato aggregato economico non osservabile direttamente.

Sub ii), le occasioni di contatto sono state ricondotte:

- alla privatizzazione di Tirrenia di Navigazione S.p.a. (“**Tirrenia**”), alla quale Moby, GNV e Snav hanno partecipato presentando un’offerta di acquisto per il tramite della controllata Compagnia Italiana di Navigazione (“**CIN**”); nonché
- alla sottoscrizione di accordi commerciali tra Moby e GNV: nella specie si trattava di un accordo c.d. di *code sharing*, implicante una gestione comune della linea ed una partecipazione ai ricavi, secondo percentuali definite, indipendentemente dal numero di biglietti venduti, e di un accordo volto ad indirizzare verso Moby i clienti di GNV la cui domanda non potesse essere soddisfatta.

Ad avviso dell’AGCM, né gli incontri né gli accordi avrebbero avuto valenza restrittiva *ex se* costituendo piuttosto occasioni di contatto con la funzione di “consolidare gli esiti collusivi” già realizzatisi.

Sulla base delle suesposte considerazioni l’Autorità ha sanzionato le imprese coinvolte.

Avverso la Decisione tutte le società hanno proposto impugnazione innanzi al TAR, il quale si è pronunciato sui ricorsi presentati da GNV, Marininvest e Snav con la sentenza 4730/2014 e su quello presentato da Moby con la sentenza 4731/2014.

Nonostante le separate pronunce, il Giudice ha accolto tutti i ricorsi con le medesime motivazioni.

- ii) identified some elements of contact between the Parties supported by relevant contracts attesting the parallelism.

As regards i), the Decision stated that the proof of the parallelism was linked to:

- the fact that in the previous years and on the same routes the behaviour of the undertakings was substantially competitive and in any case consistent with independent commercial strategies; and
- the fact that the disputed behaviour “could not have had any explanation other than the existence of a cartel”.

For the purpose of identifying the percentage increases, the Authority made reference to the average unit revenue per passenger and considered such value “a proxy of the tariffs actually applied”. A proxy variable is a statistical indicator which describes the behaviour of a specific certain economic aggregate that cannot be observed directly.

As regards ii), the opportunities for contact related to:

- the privatisation of Tirrenia di Navigazione S.p.a. (“**Tirrenia**”), in which Moby, GNV and Snav took part by submitting a purchase offer through the subsidiary Compagnia Italiana di Navigazione (“**CIN**”); and
- the entry into commercial agreements by Moby and GNV: in the matter under consideration it was a so-called code sharing agreement entailing a common management and participation in the profits, in accordance with defined percentages, regardless of the number of tickets sold and an agreement aimed at directing GNV’s clients towards Moby whose demand could not be met.

In the view of the Authority neither the meetings nor the agreements had the effect of restricting competition in themselves but, rather, constituted opportunities for contact with the function of “consolidating the collusive outcomes” which had already been achieved.

On these grounds the Authority imposed sanctions upon the undertakings involved.

All the companies appealed against the decisions before the TAR, which ruled on the appeals submitted by GNV, Marininvest and Snav by way of judgment 4730/2014 and the appeal submitted by Moby by way of judgment 4731/2014.

Despite the separate rulings the Court allowed all the appeals on the same grounds.

In via preliminare ha ribadito il significato da attribuire al concetto di pratica concordata, ovvero la forma di intesa ascritta alle parti: ha precisato che la pratica concordata prende la forma di coordinamento tra imprese e costituisce un *minus* rispetto ad un vero e proprio accordo anticoncorrenziale. Tuttavia, ha aggiunto che, perché il parallelismo di comportamenti sia considerato restrittivo della concorrenza, è necessaria una prova diretta o presuntiva di una concertazione tra le imprese. Infatti, ad avviso del TAR, sulla scorta di precedenti decisioni delle Corti Europee, il parallelismo di comportamenti può anche derivare dal normale adattamento di un operatore al comportamento tenuto dal concorrente, dal momento che i prezzi sono conoscibili da tutti ed è quindi ragionevole che ogni compagnia monitori quelli delle altre.

Di conseguenza, il Giudice ha proceduto con l'analisi dell'*iter* argomentativo fornito dall'Autorità per dimostrare la concertazione, ossia ha esaminato:

- i) il dato sul quale l'AGCM ha fondato la propria analisi; e
- ii) le relazioni tra le ricorrenti.

Sub i), il TAR ha ritenuto che i ricavi medi unitari, pur costituendo un dato di grande rilievo economico, non siano determinanti *"quando si debba appurare l'esistenza di un preventivo coordinamento tra gli operatori economici che forniscono i servizi di trasporto in questione"*. Pertanto ha ritenuto che l'Autorità non sia riuscita a descrivere la concreta dinamica dell'aumento dei singoli prezzi non avendo indicato né le tariffe effettivamente praticate dalle diverse compagnie, sulle singole rotte nelle diverse stagioni interessate, né chiarito il procedimento di elaborazione dati.

Sub ii) Con riguardo alle relazioni intercorse durante la privatizzazione di Tirrenia, il Giudice ha precisato che, pur potendosi ipotizzare l'esistenza di patti parasociali occulti tra i futuri soci, manca nella Decisione un minimo riscontro diretto o un qualsiasi indizio indiretto, grave e preciso, attestante il coordinamento. Analogamente nemmeno gli accordi di *code sharing* fornirebbero un utile indizio di un preventivo accordo.

In conclusione, il TAR, nell'annullare la Decisione e le conseguenti sanzioni pecuniarie comminate, ha ritenuto che l'Autorità non fosse riuscita a dimostrare che gli aumenti dei prezzi praticati dalle ricorrenti fossero l'effetto di una intesa illecita nella forma della pratica concordata. Invero, per il Giudice, *"il fatto che ciò sia astrattamente possibile non è evidentemente sufficiente, dato che l'assenza di un accordo preventivo è ugualmente sostenibile"*.

On a preliminary basis it reiterated the significance to be assigned to the concept of concerted practice, in other words the form of agreement ascribed to the parties: it pointed out that the concerted practice takes the form of coordination between undertakings and constitutes something less than a fully fledged anti-competitive agreement. However, the Court added that in order for the parallelism in behaviour to be considered restrictive of competition it is necessary to have direct or presumed collusion between the undertakings. Indeed, in the view of the TAR, on the basis of previous decisions of the European Court, the parallelism in behaviour can also derive from the normal adaptation of an operator to the behaviour of the competitor as the prices can be known to everyone and it is therefore reasonable that every company monitors the others' prices.

Consequently, the Court analysed the grounds provided by the Authority in order to demonstrate the collusion. In other words, it examined:

- i) the facts upon which the Authority based its analysis; and
- ii) the relations between the appellants.

As regards i), the TAR took the view that the average unit revenues, even though they are of great economic significance are not decisive *"when it is necessary to ascertain the existence of prior coordination between the economic operators which provide the transport services in question"*. Accordingly, it took the view that the Authority did not manage to describe the actual dynamics of the increases in the individual prices as it did not indicate either the tariffs actually applied by the various companies to the individual routes in the various seasons concerned or clarified the procedure for the processing of the data.

As regards ii), in relation to the relations during the privatisation of Tirrenia, the Court pointed out that, even though it is possible to envisage the existence of hidden shareholders' agreements between the future shareholders, the Decision does not contain any direct evidence or indeed any indirect serious or precise *indicia* of coordination. Similarly, the code sharing agreements do not provide any *indicia* of prior agreement.

In conclusion, the TAR, in nullifying the Decision and the resulting financial sanction, took the view that the Authority was not able to demonstrate that the price increases applied by the appellants had the effect of an unlawful agreement in the form of a concerted practice. According to the Judge *"the fact that it is possible in theory obviously does not suffice as it is equally possible to argue that there was no prior agreement"*.

## Interventi del Giudice Amministrativo

### Il TAR del Lazio conferma la decisione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel caso A428 – Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia

*Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio ha confermato la decisione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che aveva qualificato come abuso di posizione dominante il comportamento della società Telecom volto a ostacolare l’espansione degli operatori concorrenti nei mercati al dettaglio dei servizi di telefonia vocale e di accesso ad internet a banda larga.*

L’8 maggio 2014, il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (“**TAR**”) ha emanato la sentenza n. 4801 che ha accolto i due ricorsi proposti da Telecom Italia S.p.A. (“**Telecom**” o “**Società**”) avverso la decisione n. 23395 del 14 marzo 2012 di rigetto degli impegni presentati dalla stessa Società nell’ambito del procedimento A428 – WIND-FASTWEB/CONDOTTE TELECOM ITALIA, nonché la decisione n. 24339 del 9 maggio 2013 (“**Decisione**”) adottata in esito al medesimo procedimento, con cui l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“**Autorità**” o “**AGCM**”) aveva accertato due abusi di posizione dominante da parte di Telecom, come già evidenziato nella Newsletter n. 1/2013 di Clifford Chance.

Ad avviso dell’Autorità, Telecom, l’operatore *incumbent* che dispone anche delle infrastrutture indispensabili all’erogazione dei servizi di accesso al dettaglio di telefonia vocale e di accesso ad internet a banda larga, aveva posto in essere due distinte condotte abusive dirette a rallentare il processo di crescita dei concorrenti nella fornitura dei medesimi servizi.

In particolare, le condotte illecite accertate nella decisione sono consistite:

- i) l’una, nell’aver opposto un numero ingiustificatamente elevato di rifiuti alle richieste di attivazione di servizi di accesso per la fornitura del servizio al dettaglio di accesso a internet a banda larga, presentate, nel periodo 2009 – 2011, da parte di nuovi potenziali concorrenti (cd. *Other Licensed*

## The Administrative Judge’s interventions

### The Regional Administrative Court of Lazio has upheld the decision of the Italian Competition Authority in case A428 – Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia

*The Regional Administrative Court of Lazio has upheld the decision of the Italian Competition Authority which deemed the behaviour of Telecom an abuse of a dominant position aimed at hindering the expansion of its competitors in retail markets for voice telephony services and access to broadband internet.*

On 8 May 2014, the Regional Administrative Court of Lazio (“**TAR**”) handed down judgment no. 4801 which allowed the two appeals brought by Telecom Italia S.p.A. (“**Telecom**” or the “**Company**”) against decision no. 23395 of 14 March 2012 rejecting the commitments it submitted in proceedings A428 – WIND-FASTWEB/CONDOTTE TELECOM ITALIA and proceedings no. 24339 of 9 May 2013 (“**Decision**”). The Italian Competition Authority (“**Authority**” or “**ICA**”) had found two abuses of a dominant position on the part of Telecom, which we discussed in our newsletter no. 1/2013.

In the opinion of the Authority, Telecom, the incumbent operator which also has the infrastructures which are essential for the provision of retail access services for voice telephony and access to broadband internet, had engaged in two distinct abusive behaviours aimed at slowing down the growth of competitors in the supply of said services.

In particular, the Decision found that the unlawful behaviours consisted of:

- i) on the one hand, rejecting an unjustifiably high number of requests to activate the access services for the supply of the retail service for access to broadband internet in the period 2009 – 2011 from new potential competitors (so-called *Other Licensed Operators* – “**OLOs**”). In particular, ICA had found that Telecom engaged in discriminatory treatment, on the basis of provenance, between the requests originating from the internal divisions of the

Operators – “OLO”). Nella specie, l’Autorità aveva accertato che Telecom aveva adottato un trattamento discriminatorio, a seconda che le richieste provenissero dalle divisioni interne della Società oppure dagli OLO. Più in dettaglio, le evidenze raccolte in fase istruttoria avevano dimostrato che mentre gli ordinativi delle divisioni commerciali di Telecom, nel caso d’indisponibilità di risorse, erano posti in sospensione, in attesa che le risorse si fossero liberate, gli ordinativi degli OLO nei medesimi casi ricevevano invece un KO immediato, per effetto del quale erano costretti a procedere all’emissione di un nuovo ordinativo e a dare avvio ad una nuova ed ulteriore procedura di richiesta di accesso;

- ii) l’altra, nell’aver posto in essere una pratica di compressione dei margini tra prezzi e costi (cd. *margin squeeze*) degli operatori concorrenti, mediante l’applicazione di una politica scontistica specificamente indirizzata alla grande clientela *business* per il servizio di accesso al dettaglio alla rete telefonica fissa nelle aree aperte alla concorrenza (cd. *aree Unbundling Local Loop*). Nella specie, Telecom aveva applicato alla propria clientela non residenziale gli sconti previsti nelle proprie Linee Guida, i quali erano così elevati da non consentire, a un concorrente altrettanto efficiente, di operare in modo redditizio e su base duratura nei medesimi mercati.

Pertanto, all’esito dell’istruttoria, l’Autorità aveva irrogato a Telecom due sanzioni amministrative pecuniarie rispettivamente di euro 88.182.000 per la prima infrazione e di euro 15.612.000 per la seconda.

Ebbene, come anticipato, la sentenza del TAR ha confermato pienamente la decisione adottata dall’Autorità.

In primo luogo, il TAR ha ritenuto infondata la censura di Telecom volta a sostenere che le condotte ad essa imputate erano imposte dalla disciplina di settore e che, per tale ragione, l’Autorità aveva invaso spazi coperti dalla regolazione di settore delle TLC violando, di conseguenza, il principio del *ne bis in idem*. In conformità alle valutazioni dell’Autorità, il TAR ha osservato che non sussiste alcun contrasto fra le misure sanzionatorie applicate a Telecom dall’AGCM e gli obblighi regolamentari imposti alla stessa a partire dal 2009 da parte dell’AGCOM. Sul punto, il Giudice amministrativo si è limitato a sottolineare che la disciplina di settore, contenuta a livello comunitario nelle direttive di liberalizzazione dei servizi di comunicazione elettronica (direttiva 2002/21/CE “*direttiva quadro*” e direttiva 2002/19/CE “*direttiva accesso*”) e a livello nazionale nel d.lgs. n. 259/2003 (cd. “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”), ha imposto specifici obblighi in

Company and the OLOs. More specifically, the evidence gathered in the enquiry demonstrated that whilst the orders of the commercial divisions of Telecom, in case of unavailability of resources, were suspended pending release of the resources the orders of the OLOs in the same cases were immediately rejected as a result of which they were forced to issue a new order and launch a new and additional access procedure request;

- ii) on the other hand, engaging in a practice of compressing the margins between prices and costs (so-called *margin squeeze*) of the competitors through the application of a discount policy specifically aimed at large business clients for the service for retail access to the fixed telephone network in the areas open to competition (so-called *Unbundling Local Loop*). In the matter under consideration, Telecom had applied to its non-residential clients the discounts set out in its Guidelines, which were so high that they did not allow a similarly efficient competitor to operate in a profitable manner on a durable basis in the same markets.

Accordingly, following the enquiry, the Authority imposed on Telecom two administrative fines amounting to Euro 88,182,000 for the first infringement and 15,612,000 for the second.

However, as mentioned above, the judgment of the TAR upheld in full the decision of the Authority.

First and foremost, the TAR deemed without foundation the criticism of Telecom according to which the behaviours ascribed to it were imposed by the sector rules and for that reason the Authority had invaded space subject to the sector regulations of the TLCs and consequently breached the principle of double jeopardy. In compliance with the findings of ICA, the TAR commented that there is no conflict between the sanctions imposed upon Telecom by the Authority and the regulatory obligations imposed upon it starting from 2009 by the AGCOM (the Italian Communications Authority). On this point, the TAR confined itself to pointing out that the regulations governing the sector at community level set out in the directives on the liberalisation of electronic communications (directive 2002/21/EC, the “*framework directive*” and directive 2002/19/EC, the “*access directive*”) and at national level in Legislative Decree 259/2003 (so-called “*Code of Electronic Communications*”) imposed specific measures regarding the access and use by competitors of certain network resources “for the purpose of fostering competition and safeguarding the

materia di accesso e di uso da parte dei concorrenti di determinate risorse di rete proprio *“al fine di promuovere la concorrenza e di tutelare gli interessi dei new comers e quindi dei consumatori”*, confermando quindi il prevalente orientamento giurisprudenziale, nonché le deduzioni espresse dall’Autorità circa i rapporti di complementarità – e non di esclusione – tra la disciplina *antitrust* e la regolazione settoriale.

In merito alla prima condotta di Telecom, il TAR ha ritenuto che la gestione immotivatamente differenziata, e quindi discriminatoria, della procedura avente ad oggetto le richieste di accesso degli OLO ha costituito una palese violazione degli obblighi gravanti sull’impresa in posizione dominante necessari a garantire condizioni di concorrenza effettiva nei mercati collegati a quello dell’infrastruttura di rete. In particolare, il Tar ha affermato che *“proprio perché l’infrastruttura di Telecom è indubitatamente essenziale per consentire agli OLO di fornire i servizi di fonia e di banda larga, la medesima Società è tenuta, indipendentemente dal rispetto delle regole di settore delle comunicazioni elettroniche, a garantire l’accesso dei concorrenti a tale infrastruttura a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie, configurandosi in caso contrario un caso paradigmatico di abuso di posizione dominante con effetti escludenti e con un conseguente grave pregiudizio allo svolgimento della concorrenza nei mercati a valle al dettaglio (i mercati al dettaglio collegati a quello a monte dell’accesso all’infrastruttura di rete) in cui l’impresa titolare dell’input essenziale detiene una posizione dominante e nei quali la sostituibilità tra la produzione di Telecom e quella degli OLO suoi concorrenti è piena”*.

Con riguardo alla seconda condotta sanzionata, il TAR ha ritenuto che l’Autorità ha correttamente accertato la sussistenza di una condotta abusiva di compressione dei margini tra prezzi e costi determinata dalla politica tariffaria di Telecom a danno dei concorrenti. Ad avviso del TAR, l’Autorità, in linea con il *modus procedendi* della Commissione europea e con l’ausilio del *as efficient competitor test*, ha misurato senza errori il *margin squeeze* procedendo a verificare se la stessa Telecom sarebbe stata in grado di offrire i servizi al dettaglio ai prezzi praticati senza subire perdite sostenendo i costi all’ingrosso che essa pratica ai concorrenti in quanto proprietaria verticalmente integrata degli *input* essenziali per l’accesso al mercato.

Inoltre, il TAR ha confermato pienamente l’importo della complessiva sanzione pecuniaria comminata a Telecom, osservando che l’Autorità ha correttamente ritenuto che le condotte accertate siano suscettibili di integrare *“una evidente e ripetuta fattispecie di abuso di natura escludente, di apprezzabile*

*interests of newcomers and therefore consumers”*, affirming therefore the prevailing case law as well as the arguments submitted by the Authority regarding the complementariness – and not exclusion – of competition law and the rules governing the sector.

As regards the first behaviour of Telecom, the TAR took the view that the unjustifiably differentiated and therefore discriminatory management of the procedure concerning the requests for access by the OLOs constituted a clear breach of the obligations on the undertaking in a dominant position required to guarantee conditions of real competition in the markets connected to that of the network infrastructure. In particular, the TAR affirmed that *“specifically because the infrastructure of Telecom is without doubt essential for allowing the OLOs to provide telephony and broadband services, the Company is required, independently of compliance with the sector rules governing the electronic communications sector and ensure the access to the competitors to such infrastructure at fair, transparent and non-discriminatory conditions, constituting in the opposite case a paradigmatic case of abuse of a dominant position with excluding effects and a resulting serious prejudice to the conduct of competition in the downstream retail markets (the retail markets linked to the upstream market for access to the network infrastructure) in which the undertaking with the essential input holds a dominant position and in which there complete substitutability between the production of Telecom and that of the OLO competitors”*.

As regards the second behaviour in respect of which a sanction was imposed, the TAR took the view that ICA had correctly found the existence of abusive behaviour involving compressing the margins between prices and costs determined by the tariff policy of Telecom to the detriment of the competitors. In the opinion of the TAR, the Authority, in line with the procedure of the European Commission and with the assistance of the *as efficient competitor test* measured without error the margin squeeze and verified whether Telecom was able to offer the retail services at the prices applied without suffering losses and bearing the wholesale costs which it applies to competitors as the vertically integrated owner of the input essential for access to the market.

Further, the TAR fully affirmed the amount of the overall sanction imposed upon Telecom, observing that the Authority correctly deemed that the behaviours found are likely to constitute *“an obvious and repeated case of excluding abuse of considerable seriousness likely to slow down the growth of*



*gravità in quanto idoneo a rallentare il processo di crescita delle quote dei concorrenti nei mercati dei servizi di telefonia vocale e di accesso ad internet a banda larga e, quindi, capace di ostacolare indebitamente la contendibilità delle quote di mercato dell'incumbent, in un contesto normativo europeo e nazionale di liberalizzazione che, al contrario, impone di garantire una dinamica evolutiva aperta all'introduzione di nuovi operatori e di nuovi servizi ai consumatori in condizioni di piena concorrenza".*

Né, secondo il TAR, possono essere considerate fondate le censure di Telecom circa la valutazione di gravità degli abusi ad essa imputati, le quali si basavano sulla "novità" delle fattispecie ed al suo comportamento collaborativo anche mediante l'adozione di impegni. Di contro, il Giudice amministrativo ha ribadito che l'abuso escludente per rifiuto "costruttivo" di accesso ad una infrastruttura essenziale costituisce una fattispecie largamente nota alla prassi *antitrust* sia nazionale che europea, e che gli impegni proposti erano già stati motivatamente ritenuti non decisivi dall'Autorità, in quanto o genericamente riferiti a comportamenti cui Telecom era in realtà già tenuta da prima, o riferiti a profili diversi dai rapporti con i concorrenti ed i consumatori coinvolti dalle condotte censurate.

Infine, con riguardo al contestato provvedimento di rigetto degli impegni proposti da Telecom nel corso dello stesso procedimento, il TAR ha precisato che la valutazione negativa svolta dall'Autorità rientra nel margine di discrezionale apprezzamento che le spetta *ex lege* e che non può essere oggetto di sindacato da parte del giudice amministrativo.

*the market shares of voice telephony services and access to the broad band and thus able to unduly hinder the contestability of the market share of the incumbent, in a European and national regulatory context of liberalisation which, on the contrary, requires open and dynamic evolution open to the introduction of new operators and new services to consumers in conditions of full competition".*

Nor, in the view of the TAR, can there be any grounds for criticism of Telecom as regards the finding of the seriousness of the abuses ascribed to it which were based on the "novelty" of the cases and its cooperative behaviour through, amongst other things, the submission of commitments. On the other hand, the TAR reiterated that the excluding abuse involving "constructive" refusal of an essential infrastructure is a form widely known to antitrust practice both nationally and at European level and that the commitments proposed had been deemed non-decisive by the Authority either because they generically relate to behaviour that Telecom was in reality already obliged to follow or because they relate to matters other than relations with the competitors and consumers involved in the criticised behaviour.

Finally, in relation to the disputed decision rejecting the commitments proposed by Telecom during the same procedure, the TAR pointed out that the negative assessment made by the Authority falls within the margin of discretionary appreciation assigned to it under the law and cannot be the object of criticism by the administrative court.

## Interventi del Giudice Ordinario

### La Suprema Corte di Cassazione si pronuncia sulla capacità distintiva delle espressioni di uso comune

*Con una breve ma importante sentenza la Corte di Cassazione ha recentemente chiarito che le espressioni di uso comune facenti parte di un marchio complesso possano sì acquistare capacità distintiva, ma esclusivamente a condizione che detta parola sia divenuta da sola in grado di trasmettere al consumatore il messaggio di cui il segno nel suo complesso si è caricato tramite l'uso consolidato nel tempo.*

Con sentenza n. 5099 del 5 marzo 2014, la Suprema Corte ha risolto l'ormai decennale controversia tra Saiwa S.p.A., gruppo Mondelēz (“**Saiwa**”), e Barilla Alimentare S.p.A. (“**Barilla**”), negando che la parola “ORO” facente parte del marchio complesso “ORO SAIWA” sia dotata di portata distintiva.

La controversia trae origine nel 2002 dalla domanda di nullità del marchio “*Selezione Oro Barilla*” che Saiwa ha rivolto al Tribunale di Milano, ritenendo di poter vantare un'esclusiva sul segno “ORO” in ragione, da un lato, della titolarità di anteriorità invalidanti quali i marchi “ORO SAIWA” n. 332.864, “PACCO ORO SAIWA” n. 334.084, “PACCO ORO” n. 334.089, “ORO” n. 307.376 e il marchio internazionale “ORO” n. 435.773 registrati in connessione prodotti appartenenti, *inter alia*, alla classe merceologica 30 (prodotti alimentari e di pasticceria) e, dall'altro, dell'uso ininterrotto del segno “ORO” sin dal 1956 per contraddistinguere una linea di biscotti.

Resisteva la Barilla, eccependo in via riconvenzionale la nullità dei marchi di Saiwa proprio in ragione della non tutelabilità o appropriabilità della parola “ORO” in quanto denominazione di uso comune ovvero indicazione descrittiva del prodotto e pertanto non suscettibile di formare oggetto di esclusiva a favore di un singolo imprenditore.

## The Civil Judge's interventions

### The Italian Supreme Court decides on the distinctiveness of the commonly used expressions

*With a brief but significant opinion, the Italian Supreme Court recently clarified that commonly used expressions that are part of a complex trademark can acquire distinctiveness solely if such word, alone, can now convey to the consumer the message that the complex trademark has conveyed through time.*

With judgment no. 5099 of 5 March 2014, the Supreme Court settled the ten-year old controversy between Saiwa S.p.A., in the Mondelēz group (“**Saiwa**”) and Barilla Alimentare S.p.A. (“**Barilla**”), denying that the word “ORO” [gold], part of the complex trademark “ORO SAIWA” is distinctive.

The controversy started in 2002, when Saiwa petitioned the Court of Milan, seeking an order declaring that the trademark “*Selezione Oro Barilla*” was null, alleging that it had an exclusive right over the word “ORO” because of, on the one hand, its earlier ownership of invalidating trademarks such as “ORO SAIWA” no. 332.864, “PACCO ORO SAIWA” no. 334.084, “PACCO ORO” no. 334.089, “ORO” no. 307.376, as well as the international trademark “ORO” no. 435.773 all registered for products in, *inter alia*, class 30 pursuant to the Nice Classification (foods and bakery products) and on the other hand because of its uninterrupted use, since 1956, of the word “ORO” to identify a type of cookie.

Barilla responded by filing a counter-claim and objecting that the Saiwa trademarks were null, precisely because the word “ORO” was not capable of being protected or appropriated, because it is a commonly used word or a word used to describe a product, and therefore cannot be exclusively used by one single business.

The Court of Milan, as well as the Milan Court of Appeal, ruling in favour of Barilla, declared null Saiwa's trademarks “PACCO ORO” and “ORO” (both national and international), reasoning that the word “ORO” was vastly used both within the food market to convey a message linked to excellence in production

Sia il Tribunale che la Corte d'Appello di Milano, in accoglimento della domanda riconvenzionale di Barilla, avevano dichiarato la nullità dei marchi "PACCO ORO" e "ORO" di Saiwa (sia nazionale che internazionale), sulla scorta della considerazione che la parola "ORO" fosse ampiamente utilizzata nel mercato alimentare quale strumento di comunicazione di messaggi legati all'eccellenza della produzione e/o della qualità del prodotto, ovvero quale parola di uso comune per evocare qualità positive ("ragazzo d'oro", "cuore d'oro", "gallina dalle uova d'oro", etc.).

Con la sentenza del marzo scorso la Corte di Cassazione ha risolto definitivamente la controversia, negando la tesi di Saiwa secondo cui il termine "ORO", ancorché qualificabile come parola di uso comune, avesse acquistato una propria capacità distintiva per effetto dell'uso prolungato nell'ambito del segno complesso "ORO SAIWA".

La Corte di Cassazione ha chiarito che, nel caso di marchio complesso (quale appunto "ORO SAIWA"), *"la capacità distintiva conseguita per effetto dell'uso ... non possa non riguardare, oltre al marchio nel suo complesso, anche ciascuno dei segni che lo compongono e dunque, nella specie, anche la sola parola «Oro» in quanto contenuta nel marchio «Oro Saiwa». Il che, però, non è esatto, derivandone altrimenti violazione della regola per cui è soltanto la capacità in concreto rivelata dall'uso ad attribuire carattere distintivo a un segno di per sé meramente descrittivo"*.

In estrema sintesi, dunque, la Corte ha posto il principio secondo cui una parola di uso comune facente parte di un marchio complesso possa sì acquistare *secondary meaning*, ma esclusivamente a condizione che detta parola sia divenuta **da sola** in grado di trasmettere al consumatore il messaggio di cui il segno complesso si è caricato tramite l'uso consolidato sul mercato.

La Suprema Corte ha dunque disatteso la domanda di Saiwa, rifacendosi alle risultanze del giudizio di merito (insindacabile nel giudizio di cassazione), e ribadendo che nel marchio "ORO SAIWA" l'elemento con preponderante carattere distintivo è e rimane il termine "SAIWA": in altre parole, il marchio "ORO SAIWA" si è sicuramente consolidato nei decenni come un marchio che gode di notorietà, ma ciò non vale per la parola "ORO" se presa singolarmente.

Per tutte le ragioni di cui sopra, la Corte ha rigettato il ricorso di Saiwa.

or quality of a product, and a commonly used word to exalt positive qualities ("golden boy", "heart of gold", "the hen that laid the golden egg", etc.).

With this March 2014 ruling, the Supreme Court definitively settled the controversy, denying Saiwa's claims that the word "ORO", although indeed a commonly used word, had acquired distinctiveness because of its prolonged use in the complex trademark "ORO SAIWA".

The Supreme Court explained that, in the case of complex trademarks (such as the instant "ORO SAIWA"), *"distinctiveness acquired through use ... can involve only the trademark as a whole, and not each of the words that comprise the complex mark; therefore, in the instant case, the single word "oro", which is part of the "Oro Saiwa" trademark. Which, however, is not correct; otherwise leading to a breach of the rule that only actual use is capable of attributing distinctiveness to a word that is per sé merely descriptive."*

In summary, therefore, the Supreme Court identified a principle whereby a commonly used word that is part of a complex mark can indeed acquire a secondary meaning, but only if the word **alone** has become able to convey to the consumer the message that the complex trademark has conveyed to the market through time.

The Supreme Court denied Saiwa's appeal, reiterating the findings on the merit (on which the Supreme Court cannot rule), and affirming that in the trademark "ORO SAIWA" the element with the preponderant distinctiveness is and remains the word "SAIWA": in other words, the trademark "ORO SAIWA" is certainly a consolidated trademark as a result of its use through the past decades, and is a trademark that enjoys notoriety; however the same cannot be said for the word "ORO" taken individually.

For the above reasons, the Supreme Court denied Saiwa's appeal.

## Interventi del Giudice Ordinario

### La Suprema Corte di Cassazione ribadisce il diritto del titolare del marchio di opporsi all'importazione di prodotti provenienti da un paese extracomunitario e contrassegnati con il suo marchio

*La Corte di Cassazione torna sul tema del principio dell'esaurimento comunitario, ribadendo il diritto del titolare del marchio di opporsi all'importazione di prodotti provenienti da un paese extracomunitario e contrassegnati (anche legittimamente) con il suo marchio, sempre che egli (ovvero altro soggetto da lui legittimato) non abbia consentito all'introduzione ulteriore di quei beni nel mercato europeo, e senza che assuma alcun rilievo il regolare sdoganamento dei prodotti in un paese dell'Unione Europea, risultando ciò del tutto irrilevante ai fini dell'introduzione di quel prodotto sul mercato nazionale.*

Con domanda congiunta risalente al 1998, la Jack Daniel's Properties, Inc. ("**Jack Daniel's**") e la Martini & Rossi S.p.A. ("**Martini**"), rispettivamente produttrice e distributrice per il mercato italiano del noto *whisky* "Jack Daniel's", agivano nei confronti della Distillerie Bagnoli s.n.c. ("**Distillerie Bagnoli**") chiedendo l'accertamento dell'illecita commercializzazione in Italia di bottiglie di Jack Daniel's in ragione della violazione del diritto di marchio di quest'ultima, e a titolo di concorrenza sleale a danno della Martini.

La domanda di Jack Daniel's poggiava in particolare sull'assunto che il combinato disposto degli artt. 5 e 20 del d.lgs. 30/2005 (il "**Codice della Proprietà Industriale**") consenta al titolare del marchio italiano di opporsi alla importazione di prodotti provenienti da un paese extracomunitario, sempre che egli non abbia in precedenza consentito all'introduzione anche di quella tipologia di prodotti nel mercato comunitario.

Resisteva la Bagnoli negando che il prodotto fosse di importazione extracomunitaria, rilevando come la merce fosse stata acquistata in buona fede da altri operatori che l'avevano *medio tempore*

## The Civil Judge's interventions

### The Italian Supreme Court reaffirms that the owner of a trademark has the right to oppose the import of products from a non-EU country that are labelled with its trademark

*The Supreme Court revisited the notion of exhaustion at the EU level, reaffirming that the owner of a trademark has the right to oppose the import of products from a non-EU country that are labelled (even if lawfully) with its trademark, provided that it (or any other person to whom it has given the authority to do so) has not consented to the entry of such goods into the EU market, regardless of whether the goods have been fully cleared by customs in a EU country, which concept is irrelevant for the purposes of the entry of such product on the national market.*

With a joint petition filed in 1998, Jack Daniel's Properties, Inc. ("**Jack Daniel's**") and Martini & Rossi S.p.A. ("**Martini**"), which respectively produce and distribute on the Italian market the well-known "Jack Daniel's" whisky, filed a claim against Distillerie Bagnoli s.n.c. ("**Distillerie Bagnoli**") seeking an order declaring that the marketing in Italy of bottles of Jack Daniel's was illegal because it breached the trademark owned by Jack Daniel's, and constituted unfair competition to the detriment of Martini.

Jack Daniel's claimed that the combined provisions of Articles 5 and 20 of Legislative Decree no. 30/2005 (the "**IP Code**") allow the owner of the Italian trademark to oppose the import of products from a non-EU country, provided that the owner has not previously consented to the entry in the EU market of such type of products.

In defence, Bagnoli denied that the product had been imported from outside the European Union, stating that the goods had been purchased in good faith from other operators that had *medio tempore* input the goods in the EU market, and arguing that any claim should be addressed against the importers instead.

immessa sul mercato comunitario, e concludendo che ogni eventuale doglianza attorea avrebbe dovuto essere piuttosto indirizzata contro gli importatori.

Il Tribunale di Padova e la Corte d'Appello di Venezia accoglievano le domande di Jack Daniel's e Martini, accertando sia la violazione dei marchi che la concorrenza sleale della Distillerie Bagnoli.

La Suprema Corte ha da ultimo rigettato il ricorso della Distillerie Bagnoli, ribadendo il principio secondo cui il titolare di un diritto di marchio possa opporsi all'importazione di prodotti provenienti da un paese extracomunitario e contrassegnati (anche legittimamente) con il suo marchio, sempre che egli (ovvero altro soggetto da lui legittimato) non abbia consentito alla introduzione ulteriore di quei beni nel mercato europeo, e senza che assuma alcun rilievo la circostanza di un eventuale regolare sdoganamento dei prodotti in un paese dell'Unione Europea risultando ciò del tutto irrilevante ai fini dell'introduzione di quel prodotto sul mercato nazionale.

L'illegittima importazione, secondo la Suprema Corte, sarebbe infatti sufficiente a inficiare anche la successiva commercializzazione del prodotto, in quanto anche tale secondo atto assurgerebbe ad autonoma violazione, configurando un uso non autorizzato del diritto del titolare del marchio.

Ma, soprattutto, la Suprema Corte ha ribadito che le situazioni soggettive, quali il dolo, la colpa ovvero la buona fede (invocata nel caso di specie dalla Distillerie Bagnoli) di chi usa un marchio altrui senza averne il diritto sono del tutto irrilevanti ai fini dell'azione diretta a impedire l'usurpazione o la contraffazione del marchio, ciò che rappresenta *"un'azione volta a fornire immediata tutela alla titolarità esclusiva del bene immateriale destinato al servizio di un'impresa nei confronti di chiunque ponga in essere un fatto oggettivamente lesivo di quella titolarità, indipendentemente dunque dalla sua buona fede"*.

Nel caso concreto, ad ogni modo, la Suprema Corte ha escluso la sussistenza di alcuna buona fede della Distillerie Bagnoli sulla scorta della considerazione che la precedente istruttoria aveva confermato che nessuna delle bottiglie commercializzate dalla Distillerie Bagnoli recasse l'indicazione del distributore e tanto meno di un eventuale distributore europeo; e tanto sarebbe stato sufficiente per rendere edotta la compratrice Bagnoli circa l'illegittima provenienza della merce, così come la peculiarità delle modalità di pagamento (in dollari e prima della consegna della merce).

The Court of Padova and the Venice Court of Appeal ruled in favour of Jack Daniel's and Martini, finding both a breach of trademark and unfair trade practices by Distillerie Bagnoli.

The Supreme Court denied the appeal from Distillerie Bagnoli, affirming the principle pursuant to which the owner of a trademark can oppose imports of products from a non-EU country where the products are labeled (even if lawfully) with its trademark, provided that neither the trademark owner nor any other person acting on its behalf consented to further entry in the market of those goods, and without regard to the fact that the products had been duly cleared by customs in an EU-country, finding this last parameter wholly irrelevant for the purposes of entry of the products on the national market.

According to the Supreme Court's reasoning, the unlawful importation of a product is sufficient to prejudice the subsequent marketing of the product, to the extent that the subsequent marketing would then become an independent breach, it being an unauthorised use of the owner's trademark right.

Foremost, however, the Supreme Court reiterated that the subjective elements, such as fraud, negligence or good faith (as alleged in the instant case by Distillerie Bagnoli) are wholly irrelevant when analysing the actions of a person using the trademark of another without license to do so, in the context of preventing the unlawful use or counterfeit of the trademark, which constitutes *"an action aimed to provide immediate protection for the full ownership of the intangible asset destined to be used by a business against anyone that acts to objectively damage such ownership, independently of its good faith"*.

In the instant case, the Supreme Court found that Distillerie Bagnoli did not act in good faith, because the prior investigation had confirmed that none of the bottles marketed by Distillerie Bagnoli displayed the name of the distributor or of any European distributor; which alone should have made Distillerie Bagnoli aware that it was purchasing merchandise with an unlawful provenance, as should have the odd payment terms and conditions (in dollars, and prior to delivery of the goods).

Per maggiori informazioni  
su questa newsletter potete  
contattare:

For further details on this  
newsletter please contact:



**Luciano Di Via**

Partner

T: +39 064229 1265

E: [luciano.divia@cliffordchance.com](mailto:luciano.divia@cliffordchance.com)



**Pasquale Leone**

Senior Associate

T: +39 064229 1385

E: [pasquale.leone@cliffordchance.com](mailto:pasquale.leone@cliffordchance.com)



# Worldwide contact information

## 36\* offices in 26 countries

### Abu Dhabi

Clifford Chance  
9th Floor, Al Sila Tower  
Sowwah Square  
PO Box 26492  
Abu Dhabi  
United Arab Emirates  
T +971 2 613 2300  
F +971 2 613 2400

### Amsterdam

Clifford Chance  
Droogbak 1A  
1013 GE Amsterdam  
PO Box 251  
1000 AG Amsterdam  
The Netherlands  
T +31 20 7119 000  
F +31 20 7119 999

### Bangkok

Clifford Chance  
Sindhorn Building Tower 3  
21st Floor  
130-132 Wireless Road  
Pathumwan  
Bangkok 10330  
Thailand  
T +66 2 401 8800  
F +66 2 401 8801

### Barcelona

Clifford Chance  
Av. Diagonal 682  
08034 Barcelona  
Spain  
T +34 93 344 22 00  
F +34 93 344 22 22

### Beijing

Clifford Chance  
33/F, China World Office Building 1  
No. 1 Jianguomenwai Dajie  
Beijing 100004  
China  
T +86 10 6505 9018  
F +86 10 6505 9028

### Brussels

Clifford Chance  
Avenue Louise 65  
Box 2, 1050 Brussels  
Belgium  
T +32 2 533 5911  
F +32 2 533 5959

### Bucharest

Clifford Chance Badea  
Excelsior Center  
28-30 Academiei Street  
12th Floor, Sector 1,  
Bucharest, 010016  
Romania  
T +40 21 66 66 100  
F +40 21 66 66 111

### Casablanca

Clifford Chance  
169 boulevard Hassan 1er  
20000 Casablanca  
Morocco  
T +212 520 132 080  
F +212 520 132 079

### Doha

Clifford Chance  
Suite B  
30th floor  
Tornado Tower  
Al Funduq Street  
West Bay  
P.O. Box 32110  
Doha, Qatar  
T +974 4 491 7040  
F +974 4 491 7050

### Dubai

Clifford Chance  
Building 6, Level 2  
The Gate Precinct  
Dubai International Financial Centre  
PO Box 9380  
Dubai, United Arab Emirates  
T +971 4 362 0444  
F +971 4 362 0445

### Düsseldorf

Clifford Chance  
Königsallee 59  
40215 Düsseldorf  
Germany  
T +49 211 43 55-0  
F +49 211 43 55-5600

### Frankfurt

Clifford Chance  
Mainzer Landstraße 46  
60325 Frankfurt am Main  
Germany  
T +49 69 71 99-01  
F +49 69 71 99-4000

### Hong Kong

Clifford Chance  
28th Floor  
Jardine House  
One Connaught Place  
Hong Kong  
T +852 2825 8888  
F +852 2825 8800

### Istanbul

Clifford Chance  
Kanyon Ofis Binasi Kat. 10  
Büyükdere Cad. No. 185  
34394 Levent, Istanbul  
Turkey  
T +90 212 339 0000  
F +90 212 339 0099

### Jakarta\*\*

Linda Widyati & Partners  
DBS Bank Tower  
Ciputra World One 28th Floor  
Jl. Prof. Dr. Satrio Kav 3-5  
Jakarta 12940  
T +62 21 2988 8300  
F +62 21 2988 8310

### Kyiv

Clifford Chance  
75 Zhylyanska Street  
01032 Kyiv,  
Ukraine  
T +38 (044) 390 5885  
F +38 (044) 390 5886

### London

Clifford Chance  
10 Upper Bank Street  
London  
E14 5JJ  
United Kingdom  
T +44 20 7006 1000  
F +44 20 7006 5555

### Luxembourg

Clifford Chance  
10 boulevard G.D. Charlotte  
B.P. 1147  
L-1011 Luxembourg  
T +352 48 50 50 1  
F +352 48 13 85

### Madrid

Clifford Chance  
Paseo de la Castellana 110  
28046 Madrid  
Spain  
T +34 91 590 75 00  
F +34 91 590 75 75

### Milan

Clifford Chance  
Piazzetta M. Bossi, 3  
20121 Milan  
Italy  
T +39 02 806 341  
F +39 02 806 34200

### Moscow

Clifford Chance  
Ul. Gasheka 6  
125047 Moscow  
Russia  
T +7 495 258 5050  
F +7 495 258 5051

### Munich

Clifford Chance  
Theresienstraße 4-6  
80333 Munich  
Germany  
T +49 89 216 32-0  
F +49 89 216 32-8600

### New York

Clifford Chance  
31 West 52nd Street  
New York  
NY 10019-6131  
USA  
T +1 212 878 8000  
F +1 212 878 8375

### Paris

Clifford Chance  
9 Place Vendôme  
CS 50018  
75038 Paris Cedex 01  
France  
T +33 1 44 05 52 52  
F +33 1 44 05 52 00

### Perth

Clifford Chance  
Level 7  
190 St Georges Terrace  
Perth WA 6000  
Australia  
T +618 9262 5555  
F +618 9262 5522

### Prague

Clifford Chance  
Jungamannova Plaza  
Jungamannova 24  
110 00 Prague 1  
Czech Republic  
T +420 222 555 222  
F +420 222 555 000

### Riyadh

Clifford Chance  
Building 15, The Business Gate  
King Khalid International Airport Road  
Cordoba District, Riyadh, KSA.  
P.O.Box: 3515, Riyadh 11481,  
Kingdom of Saudi Arabia  
T +966 11 481 9700  
F +966 11 481 9701

### Rome

Clifford Chance  
Via Di Villa Sacchetti, 11  
00197 Rome  
Italy  
T +39 06 422 911  
F +39 06 422 91200

### São Paulo

Clifford Chance  
Rua Funchal 418 15ºandar  
04551-060 São Paulo-SP  
Brazil  
T +55 11 3019 6000  
F +55 11 3019 6001

### Seoul

Clifford Chance  
21st Floor, Ferrum Tower  
19, Eulji-ro 5-gil, Jung-gu  
Seoul 100-210  
Korea  
T +82 2 6353 8100  
F +82 2 6353 8101

### Shanghai

Clifford Chance  
40th Floor, Bund Centre  
222 Yan An East Road  
Shanghai 200002  
China  
T +86 21 2320 7288  
F +86 21 2320 7256

### Singapore

Clifford Chance  
Marina Bay Financial Centre  
25th Floor, Tower 3  
12 Marina Boulevard  
Singapore 018982  
T +65 6410 2200  
F +65 6410 2288

### Sydney

Clifford Chance  
Level 16, No. 1 O'Connell Street  
Sydney NSW 2000  
Australia  
T +612 8922 8000  
F +612 8922 8088

### Tokyo

Clifford Chance  
Akasaka Tameike Tower  
7th Floor  
2-17-7, Akasaka  
Minato-ku  
Tokyo 107-0052  
Japan  
T +81 3 5561 6600  
F +81 3 5561 6699

### Warsaw

Clifford Chance  
Norway House  
ul.Lwowska 19  
00-660 Warsaw  
Poland  
T +48 22 627 11 77  
F +48 22 627 14 66

### Washington, D.C.

Clifford Chance  
2001 K Street NW  
Washington, DC 20006 – 1001  
USA  
T +1 202 912 5000  
F +1 202 912 6000

\*Clifford Chance's offices include a second office in London at 4 Coleman Street, London EC2R 5JJ. \*\*Linda Widyati and Partners in association with Clifford Chance.