



Italian Competition Newsletter  
Issue 2 – 2015

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

# Indice

## Interventi dell'Autorità Antitrust

### Intese restrittive della concorrenza

1. Accertata un'intesa restrittiva della concorrenza tra Generali Italia e UnipolSai nel settore dei servizi assicurativi responsabilità civile autoveicoli terrestri per il Trasporto Pubblico Locale.
2. Sanzionate otto società produttrici di calcestruzzo e la loro società di consulenza per aver realizzato due intese restrittive della concorrenza in Friuli Venezia Giulia.
3. Accolti gli impegni presentati da Booking nell'ambito di un procedimento volto ad accertare restrizioni verticali nel mercato dei servizi di prenotazione alberghiera *on-line*.
4. Sanzionate due società attive nel settore della ristorazione su rete autostradale per un'intesa restrittiva della concorrenza.

### Abusi di posizione dominante

5. Accertato l'abuso di posizione dominante di SEA nei mercati della gestione e messa a disposizione delle infrastrutture aeroportuali e dell'offerta dei servizi di *handling*.

### Pratiche commerciali scorrette

6. Accolti gli impegni presentati da Facile.it e 6Sicuro.it nell'ambito di due procedimenti volti ad accertare l'esistenza di possibili pratiche commerciali scorrette nel mercato della comparazione RC Auto.

## Interventi del Giudice Amministrativo

### Intese restrittive della concorrenza

7. Il TAR del Lazio ha parzialmente annullato la decisione dell'Autorità Antitrust di accertamento di un'intesa restrittiva della concorrenza da parte della Federazione Nazionale dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri.

### Abusi di posizione dominante

8. Il Consiglio di Stato ha confermato la sanzione di oltre 103 milioni di euro comminata dall'Autorità Antitrust a Telecom Italia per aver abusato della sua posizione dominante nelle infrastrutture di rete.

## Interventi del Giudice Ordinario

### Reclamabilità in cassazione dei provvedimenti d'urgenza

9. Secondo la Corte di Cassazione i provvedimenti d'urgenza resi ai sensi dell'art. 700 c.p.c. non sono impugnabili con ricorso per cassazione.

### Pubblicità

10. Il Tribunale di Torino ha riconosciuto la paternità dello *script* di un noto spot pubblicitario in favore del suo autore.

### Sanzioni antitrust

11. La Corte di Cassazione ha sancito l'ineducibilità dal reddito d'impresa delle somme corrisposte per il pagamento delle sanzioni irrogate dall'Autorità Antitrust in seguito all'accertamento di violazioni del diritto della concorrenza.

### Concorrenza sleale

12. Il Tribunale di Milano si pronuncia in materia di concorrenza sleale in relazione alla nota applicazione *software* denominata "UBER POP".

# Contents

## The Italian Competition Authority's interventions

### Anti-competitive agreements

1. An agreement between Generali Italia and UnipolSai in the sector of services relating to bus liability insurance for local public transport has been found to be a restriction of competition.
2. Eight concrete manufacturers and their consultancy firm fined for having entered into two agreements restricting competition in Friuli Venezia Giulia.
3. Commitments presented on behalf of Booking have been accepted in the proceedings to investigate vertical restrictions on the market for on-line hotel reservation services.
4. Two catering companies in the Italian motorway network sector fined for having entered into an agreement restricting competition.

### Abuses of a dominant position

5. SEA was found to have abused its dominant position on the markets for airport management services and the provision of ground-handling services.

### Unfair commercial practices

6. Commitments presented by Facile.it and 6Sicuro.it have been accepted in two procedures called to examine issues of unfair commercial practices in the car insurance comparison market.

## The Administrative Judge's interventions

### Anti-competitive agreements

7. The Regional Administrative Court of Lazio has partially set aside the decision of the Italian Competition Authority which found an agreement restricting competition by the National Federation of Surgeons and Dentists.

### Abuses of dominant position

8. The Supreme Administrative Court has upheld the fine of more than Euro 103 million issued by the Italian Competition Authority on Telecom Italia for an abuse of dominant position in network infrastructures.

## The Civil Judge's interventions

### Appealing urgent injunctions before the Supreme Court

9. The Supreme Court has held that urgent injunctions under section 700 of the Code of Civil Procedure cannot be challenged before the Supreme Court.

### Advertising

10. The Court of Turin has ordered that paternity of the script of a well-known advertisement be attributed to its author.

### Competition law sanctions

11. The Supreme Court has ruled that fines paid to the Italian Competition Authority following a finding of a breach of competition law cannot be deducted from business income.

### Unfair competition

12. The Court of Milan has delivered a judgment regarding unfair competition in relation to the well-known software application "UBER POP".

*Carissimi,*

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

*Come sempre, potrete trovare interventi dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, del giudice amministrativo e del giudice ordinario in materia di concorrenza (ivi incluse sentenze attinenti alla pubblicità e alla proprietà intellettuale).*

*Vi auguriamo buona lettura.*

*Dear All,*

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

*You will find, as usual, decisions of the Italian Competition Authority, rulings of the administrative judge and judgments of the civil courts in competition matters (including the rulings concerning advertising and intellectual property).*

*We hope you enjoy reading it.*



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

## 1. L'Autorità Garante della Concorrenza del Mercato ha accertato un'intesa tra Generali Italia e UnipolSai avente ad oggetto la non partecipazione alle procedure di affidamento del servizio RCA bandite da alcune aziende di Trasporto Pubblico Locale.

Con il provvedimento n. 25382 del 25 marzo 2015, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("**Autorità**" o "**AGCM**"), a conclusione del procedimento I744 – *Gare RCA per Trasporto Pubblico Locale*, ha sanzionato, con due ammende complessivamente pari a circa 29 milioni di euro, le società Generali Italia S.p.A. ("**Generali**") e UnipolSai Assicurazioni S.p.A. ("**UnipolSai**").

In particolare, l'Autorità ha ritenuto che Generali e UnipolSai, principali *player* del settore assicurativo, avessero posto in essere, in violazione dell'art. 101 del TFUE un'intesa anticoncorrenziale, dal 2010 al 29 maggio 2014 (data di aggiudicazione dell'ultima gara oggetto di istruttoria), avente ad oggetto l'eliminazione del rischio di qualunque confronto concorrenziale in gare ad evidenza pubblica per i servizi assicurativi responsabilità civile autoveicoli terrestri ("**RCA**") indette dalle aziende di trasporto pubblico locale ("**TPL**") al fine di mantenere esclusivamente la clientela storica (c.d. enti in portafoglio). Secondo l'AGCM, elemento saliente dell'intesa era il parallelismo di comportamenti, "*non giustificabile in un'ottica di razionalità economica individuale e corredato da numerosi e qualificati contatti avvenuti tra le parti*".

Con riferimento all'irragionevolezza economica dei comportamenti di Generali e UnipolSai, l'Autorità ha ritenuto che la scarsa profittabilità del settore, le carenze informative in merito al rischio, le rigidità dei capitolati e la inaffidabilità dell'ente banditore della gara non costituissero una giustificazione alternativa all'ipotesi collusiva. In altri termini, le compagnie non avrebbero dimostrato di aver adottato politiche autonome di partecipazione in gara.

Innanzitutto, l'AGCM ha ritenuto che non è la profittabilità del settore, c.d. "*aggregata*", a dover costituire il corretto parametro di riferimento per formulare una quotazione, bensì la profittabilità attesa, c.d. "*ex ante*", del singolo contratto.

L'Autorità, poi, ha ritenuto ininfluenza la disponibilità o meno di un set informativo completo sulla scelta di partecipare alla gara sia perché le parti non avrebbero tentato di colmare il presunto *gap* informativo, ove esistente, sia perché sarebbero state disertate anche gare nelle quali le informazioni erano disponibili.

## 1. The Italian Competition Authority has found an agreement between Generali Italia and UnipolSai relating to non-participation in public procurement proceedings concerning bus liability insurance in local public transport.

By way of decision no. 25382 of 25 March 2015, the Italian Competition Authority (the "**Authority**" or the "**ICA**") following the conclusion of investigation no. I744 – *Gare RCA per Trasporto Pubblico Locale* levied two fines amounting in total to about Euro 29 million on Generali Italia S.p.A. ("**Generali**") and UnipolSai Assicurazioni S.p.A. ("**UnipolSai**").

In particular, the Authority took the view that Generali and UnipolSai, the main players in the insurance sector, had put in place in breach of art. 101 of the TFEU an anti-competitive agreement from 2010 until 29 May 2014 (date of the award of the last tender under investigation) relating to the elimination of the risk of any competitive comparison in public tender procedures for the civil liability of automobiles called by local public transport companies ("**LPTC**") for the purpose of exclusively keeping historical clients (so-called incumbent providers). According to the ICA, a salient element of the agreement was the parallelism of the behaviours that were "*not justifiable from the point of view of individual economic rationality and was accompanied by numerous and qualified contacts between the parties*".

As regards the economic unreasonableness of the behaviour of Generali and UnipolSai, the Authority took the view that the scarce profitability of the sector, the lack of information as regards the risk, the inflexibility of the specifications and the unreliability of the body calling the tender did not constitute an alternative justification for the theory of collusion. In other words, the companies did not demonstrate that they adopted independent policies of participating in tender.

First and foremost, the ICA took the view that it is not the profitability of the sector, the so-called aggregated profitability that has to form the correct reference parameter for making an estimate but, rather, the expected profitability, the so-called "*ex ante*" profitability, of the individual contract.

The Authority then took the view that the availability or otherwise of a complete set of information as to the decision whether to take part in the tender is not determinative because the parties did not attempt to bridge the presumed information gap, if any, and because they were not present either in the tenders in which the information was available.

Con riguardo alle rigidità contrattuali, l'AGCM ha rilevato che nei casi di procedure negoziate il capitolato è di regola modificabile, mentre negli altri casi *"i capitolati di gara erano formulati sulla base di contratti standard che riflettevano le condizioni applicate dalle compagnie e, in numerosi casi, il bando di gara consentiva addirittura l'introduzione di modifiche"*.

L'Autorità, inoltre, ha disatteso le argomentazioni sulla scarsa affidabilità delle stazioni appaltanti sulla base delle argomentazioni fornite da queste ultime nel corso del procedimento in merito alla propria correttezza e precisione nonché in virtù della considerazione per cui una simile circostanza avrebbe potuto giustificare la non partecipazione solo in alcuni specifici casi e non rispetto a tutte le gare oggetto di istruttoria.

Poi, l'AGCM ha ritenuto ulteriormente comprovata l'irragionevolezza del comportamento di Generali e UnipolSai alla luce degli elementi esogeni raccolti attestanti l'esistenza di uno scambio di informazioni stabile e costante nell'ambito del Gruppo di Lavoro sul TPL istituito presso l'Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici ("**ANIA**") nonché dagli ulteriori contatti tra le parti avvenuti sia in occasione di una delle gare oggetto di istruttoria che nel corso del Convegno annuale ASSTRA del 13 novembre 2012.

Con specifico riguardo al Gruppo di Lavoro, l'AGCM ha ritenuto che tra le varie strategie di non partecipazione elaborate assumesse particolare rilievo il tema dell'obbligo a contrarre di cui all'art. 132 del Codice delle Assicurazioni Private. Le Compagnie, infatti, nel timore che un'interpretazione estensiva dell'obbligo a contrarre imponesse loro la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, avrebbero contribuito all'elaborazione di una circolare ANIA che, nell'escludere l'applicabilità dell'art. 132 nell'ipotesi di gare pubbliche, era *"strumentale a legittimare [...] il comportamento fino a quel momento adottato, comunicandolo alla generalità delle compagnie"*.

Infine, l'Autorità, nel ritenere che l'intesa posta in essere fosse *hardcore*, e quindi non rilevando né i suoi effetti né la sua consistenza, ha comunque affermato che *"l'esito delle gare ad evidenza pubblica è stato effettivamente condizionato dall'intesa, con conseguente vanificazione del confronto competitivo tanto che i servizi oggetto delle gare hanno continuato ad essere forniti dal fornitore storico"*.

As regards contractual inflexibilities, the ICA found that in the cases of negotiated tenders the specifications are normally amendable whilst in the other cases *"the tender specifications had been drawn up on the basis of standard contracts that reflected the conditions applied by the companies and in numerous cases the tender also allowed amendments"*.

The Authority also dismissed the arguments on the lack of reliability of the awarding bodies on the basis of arguments they submitted during the proceedings as regards propriety and accuracy and also due to the fact that that a similar such circumstance could have justified the non-participation only in some specific cases and not in relation to all the tenders under investigation.

The ICA further took the view that the behaviour of Generali and UnipolSai was unreasonable in light of the extraneous elements gathered that confirm the existence of an exchange of stable and constant information in the Working Group on the LPTC established at the National Association of Insurance Companies ("**NAIC**") and by the further contact between the parties that occurred on the occasion of one of the tenders under investigation and at the ASSTRA conference of 13 November 2012.

In specific relation to the Working Group, the ICA took the view that of the various strategies of non-participation particular significance must be attached to the matter of the obligation to contract under section 132 of the Private Insurance Code. The Companies, out of fear that the broad interpretation of the obligation to contract required them to take part in the public tenders, contributed to the preparation of circular by the NAIC which, in excluding the applicability of section 132 in the case of public tenders, was *"designed to legitimise [...] the behaviour that had been engaged in until that time by notifying the companies thereof"*.

Finally, the Authority in taking the view that the agreement put in place constituted hardcore anti-competitive behaviour, and therefore did not note its effects or size, in any case stated that *"the outcome of the public tender was influenced by the agreement which had the effect of thwarting competition and the services forming the subject matter of the tenders continued to be supplied by the historical supplier"*.

## 2. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha accertato la realizzazione di due cartelli nel mercato del calcestruzzo finalizzati alla ripartizione della clientela e alla fissazione dei prezzi di rivendita, uno nelle province di Udine, Pordenone e Gorizia in Friuli Venezia, l'altro nella Provincia di Trieste.

Con provvedimento n. 25401 del 25 marzo 2015 (**"decisione"**) l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (**"Autorità"** o **"AGCM"**) ha sanzionato per oltre 12,5 milioni di euro le società General Beton Triveneta S.p.A. (**"GBT"**), Calcestruzzi Zillo S.p.A. (**"Zillo"**), Friulana Calcestruzzi S.p.A. (**"FC"**), SuperBeton S.p.A. (**"SuperBeton"**), Cobeton S.r.l. (**"Cobeton"**), La Nuova Calcestruzzi S.r.l. (**"LNC"**), Calcestruzzi Trieste Nord Est S.r.l. (**"CTNE"**), Concrete Nordest S.r.l. (**"Concrete"**) e congiuntamente **"Società"**) e la loro società di consulenza Intermodale S.r.l. (**"Intermodale"**) per aver realizzato due complesse e continuate intese orizzontali restrittive della concorrenza in violazione dell'art. 101 del TFUE.

Il procedimento istruttorio I772 – *Mercato del Calcestruzzo Friuli Venezia Giulia*, avviato dall'Autorità il 22 gennaio 2014, ha tratto origine dalla richiesta di ammissione al programma di clemenza presentata dalla società Calcestruzzi S.p.A. (**"Calcestruzzi"**) che, in tale occasione, aveva fornito elementi circostanziati circa l'esistenza di due tavoli di concertazione tra i principali produttori di calcestruzzo in Friuli Venezia Giulia, uno nella provincia di Udine ed uno in provincia di Trieste, che vedevano la partecipazione anche della società di consulenza Intermodale, organizzatore materiale della concertazione. In particolare, l'obiettivo perseguito dalle imprese partecipanti ai tavoli di concertazione era duplice: (a) ripartire i clienti rispettando le quote storiche di ciascun partecipante e (b) fissare prezzi di rivendita più alti rispetto a quelli praticati prima dell'intesa.

Le risultanze istruttorie raccolte hanno sostanzialmente confermato lo scenario descritto dalla Calcestruzzi. Nella specie, l'AGCM ha accertato che Intermodale ha svolto un importante ruolo di coordinamento tra le imprese, dal momento che fissava gli incontri a cadenza settimanale; garantiva scambi regolari di informazioni commerciali riguardanti clienti, volumi e prezzi; monitorava il rispetto delle assegnazioni e, in caso di comportamenti devianti, irrogava sanzioni.

Prima degli incontri, le imprese partecipanti comunicavano a Intermodale i cantieri aperti o in apertura fornendo copia delle eventuali richieste di offerta ricevute con l'indicazione del possibile prezzo di fornitura e i volumi di calcestruzzo da fornire.

## 2. The Italian Competition Authority has found two cartels in the market of cement for the purpose of allocating clients and fixing retail prices, the first cartel operated on the the Provinces of Udine, Pordenone and Gorizia in Friuli Venezia Giulia, the second cartel on the province of Trieste.

In decision no. 25401 of 25 March 2015 (the **"decision"**) the Italian Competition Authority (the **"ICA"**) imposed fines of over Euro 12.5 million upon the companies General Beton Triveneta S.p.A. (**"GBT"**), Calcestruzzi Zillo S.p.A. (**"Zillo"**), Friulana Calcestruzzi S.p.A. (**"FC"**), SuperBeton S.p.A. (**"SuperBeton"**), Cobeton S.r.l. (**"Cobeton"**), La Nuova Calcestruzzi S.r.l. (**"LNC"**), Calcestruzzi Trieste Nord Est S.r.l. (**"CTNE"**), Concrete Nordest S.r.l. (**"Concrete"**) and collectively the **"Companies"**) and their consultancy firm Intermodale S.r.l. (**"Intermodale"**) for having entered into two complex and ongoing horizontal agreements restricting competition contrary to Article 101 of the TFEU.

The investigation no. I772 – *Mercato del Calcestruzzo Friuli Venezia Giulia* commenced by the ICA on 22 January 2014 arose out of a leniency application presented by the company Calcestruzzi S.p.A. (**"Calcestruzzi"**) setting forth detailed evidence of the existence of two cartels between the leading cement manufacturers in Friuli Venezia Giulia. The first cartel was in the province of Udine and the second in the province of Trieste and involved the consultancy firm Intermodale, which was the material organiser of the cartel. More specifically, the aim of the companies participating in the cartel was two-fold: (a) to allocate clients based on the historical shares of each participant and (b) to fix retail prices at a level higher than those applied before the restrictive agreement.

The findings of the investigation substantially confirmed the situation described by Calcestruzzi. In the case at hand, the ICA found that Intermodale played an important role in coordinating the companies since it scheduled weekly meetings, ensured the regular exchange of commercial information concerning clients, volumes and prices; it monitored compliance with the allocations, and in the case of non-compliance, imposed fines.

Before the meetings the participating companies notified Intermodale of the worksites open or that would be opening and provided a copy of any invitations for bids received, the potential supply price, and the volume of concrete to be supplied. At the meetings the Companies indicated which company would supply a certain worksite and if an invitation to submit an offer had been received, they undertook to offer a less attractive price

Alle riunioni le Società indicavano l'impresa che avrebbe dovuto fornire un determinato cantiere e si impegnavano, in caso di richiesta di formulare un'offerta, a proporre un prezzo meno conveniente, c.d. d'appoggio, in modo da garantire la fornitura all'impresa designata e al prezzo concordato. Per garantire la massima efficienza, Intermodale elaborava tabulati riepilogativi dei dati forniti dai partecipanti, delle decisioni prese nei precedenti incontri e delle situazioni nuove o maggiormente problematiche e aggiornava costantemente un *database* con tutte le informazioni rilevanti.

Alla luce di tale complesso sistema di concertazione, l'AGCM ha dunque accertato l'esistenza di due accordi segreti aventi oggetto anticoncorrenziale e, pertanto, considerati tra le infrazioni più gravi del diritto *antitrust*. In particolare:

- (i) il primo, durato tre anni e dieci mesi, è stato posto in essere dalle società GBN, Zillo, FC, SuperBeton, Cobeton, LNC, Calcestruzzi e Intermodale nei mercati rilevanti della provincia di Udine, Pordenone e Gorizia in Friuli Venezia Giulia e della parte sinistra del Piave in provincia di Treviso in Veneto;
- (ii) il secondo, durato due anni e un mese, è stato posto in essere dalle società CTNE, Concrete, Calcestruzzi e Intermodale nel mercato rilevante della provincia di Trieste.

In sede di quantificazione della sanzione, l'AGCM ha deciso, alla luce delle modalità di valutazione seguite anche dalla Commissione Europea, che non sussistano i requisiti per accogliere le richieste formulate dalle società Intermodale, Cobeton, Zillo, CTNE, GB e LNC di riduzione della sanzione per incapacità contributiva (c.d. *inability to pay*) in applicazione del punto 31 delle "Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90". Infatti, secondo la prassi applicativa seguita dalla Commissione, le suddette istanze possono essere accolte solo in casi eccezionali per i quali si ritenga che dall'irrogazione della sanzione derivi un pericolo concreto di bancarotta o di totale perdita di valore degli attivi, tenuto conto della capacità contributiva delle imprese e del contesto economico e sociale in cui operano.

In conclusione, nei confronti delle Società l'AGCM ha comminato sanzioni di importo complessivo superiore a 12,5 milioni di euro, mentre alla *leniency applicant* Calcestruzzi ha riconosciuto l'immunità totale dall'ammenda ai sensi del paragrafo 2 della *Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni* dell'Autorità.

in collusion to ensure the contract would be awarded to the designated company and at the agreed price. To ensure the utmost efficiency, Intermodale prepared summary tables of the data provided by participants, decisions made and situations that were new or likely problematic and continuously updated a database with all the relevant information.

In light of this complex concerted practice, the ICA found the existence of two secret agreements with an anti-competitive purpose, and therefore considered amongst the most serious competition law infringements. Specifically:

- (i) the first agreement was in force for three years and ten months and was entered into by the companies GBN, Zillo, FC, SuperBeton, Cobeton, LNC, Calcestruzzi and Intermodale on the relevant markets of the province of Udine, Pordenone and Gorizia in Friuli Venezia Giulia and the left bank of the Piave in the province of Treviso in Veneto;
- (ii) the second agreement was in force for two years and a month and was entered into by the companies CTNE, Concrete, Calcestruzzi and Intermodale on the relevant market of the province of Trieste.

In setting the fine and in light of the assessment methods also applied by the European Commission, the ICA decided there were no grounds to accept the requests put forth by the companies Intermodale, Cobeton, Zillo, CTNE, GB and LNC to reduce the fines due to an inability to pay under paragraph 31 of the "Guidelines on the method of setting fines imposed under Article 15(1) of Law 287/90". According to the European Commission practice, the aforementioned applications may only be accepted in exceptional cases where the imposition of the fine gives rise to an actual risk of insolvency or the total loss of the value of the assets having regard to the companies' ability to pay and the economic and social context in which they operate.

In conclusion, the ICA imposed fines of more than Euro 12.5 million upon the Companies while it awarded the leniency applicant Calcestruzzi total immunity from the fine in accordance with paragraph 2 of the *ICA Communication on the non-application and reduction of fines*.

### 3. In conformità alle decisioni adottate dalle autorità di concorrenza francese e svedese in procedimenti analoghi avviati nei confronti di Booking ed Expedia, ma in difformità con l'autorità antitrust tedesca, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha deciso di accogliere e rendere vincolanti gli impegni presentati da Booking.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("**Autorità**" o "**AGCM**"), in data 7 maggio 2014, ha avviato il procedimento istruttorio 1779 – *Mercato dei Servizi Turistici – Prenotazioni Alberghiere On-Line* nei confronti di Booking.com B.V., Booking.com (Italia) S.r.l. (insieme "**Booking**" o "**Società**"), Expedia Italy S.r.l. e Expedia Inc. (congiuntamente "**Expedia**"), che operano quali principali agenzie di viaggio *on-line* (c.d. *Online Travel Agencies*, di seguito "**OTA**"), per accertare la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza.

Le condotte contestate a Booking ed Expedia in sede di avvio del procedimento riguardavano l'adozione di clausole c.d. *Most Favoured Nation* ("**MFN**"), inserite nei contratti stipulati con i propri *hotel partner* presenti in Italia, aventi lo scopo di vincolare questi ultimi a non offrire i propri servizi alberghieri a prezzi e condizioni migliori tramite le OTA concorrenti e, in generale, tramite qualsiasi altro canale di vendita sia *on-line* (ad esempio, i siti *web* degli *hotel*) che *off-line* (ad esempio, le agenzie di viaggio tradizionali). In particolare, secondo l'AGCM, le clausole MFN sarebbero suscettibili di integrare restrizioni verticali ai sensi dell'art. 101 del TFUE, in quanto idonee a limitare significativamente la concorrenza tra i diversi operatori sotto il profilo del prezzo e delle condizioni di offerta, nonché delle commissioni richieste dalle OTA alle strutture alberghiere per il servizio di prenotazione svolto. Ciò in quanto ciascuna OTA sarebbe disincentivata a rendere il proprio servizio maggiormente attrattivo attraverso l'utilizzo aggressivo della variabile competitiva rappresentata dalla commissione chiesta agli *hotel partner*, giacché – a causa della presenza delle clausole MFN – ciò non potrebbe tradursi in prezzi inferiori esclusivamente su tale OTA.

Ne deriva, a detta dell'AGCM, che l'utilizzo delle clausole MFN è idoneo a determinare una maggiore rigidità verso il basso sia per le commissioni richieste alle strutture alberghiere che per i prezzi dei servizi offerti dagli *hotel*, in danno, in ultima analisi, dei consumatori finali.

Al fine di eliminare le preoccupazioni sollevate dall'Autorità in sede di avvio, Booking proponeva degli impegni, poi modificati per tener conto delle osservazioni formulate dai partecipanti al *market test*.

### 3. In accordance with the decisions of the French and Swedish competition authorities adopted in analogous proceedings commenced against Booking and Expedia, but in discordance with the German competition authority, the ICA accepted and made binding the commitments presented by Booking.

The Italian Competition Authority (the "**ICA**"), on May 7, 2014, initiated an investigation no. 1779 – *Mercato dei Servizi Turistici – Prenotazioni Alberghiere On-Line* to establish whether Booking.com B.V., Booking.com (Italia) S.r.l. (collectively "**Booking**" or "**Company**"), Expedia Italy S.r.l. and Expedia Inc. (jointly "**Expedia**"), which carry on business as leading on-line travel agencies (the "**OTA**"), entered into an agreement restricting competition.

The complaints against Booking and Expedia in the investigation concerned the inclusion of Most Favoured Nation ("**MFN**") clauses in agreements entered into with its own hotel partners located in Italy. The aim of the clauses was to prevent these partners from offering hotel services at better prices, terms and conditions through competing OTAs and, generally, through any other on-line (i.e., hotel websites) or off-line (i.e., traditional travel agencies) sales channel. More specifically, in the opinion of the ICA, the MFN clauses were likely to give rise to vertical restrictions under Article 101 of the TFEU on the grounds these clauses were capable of significantly restricting competition between the different operators in terms of price, terms and conditions offered, as well as fees charged by the OTAs to the hotels for the booking services provided. In this way each OTA would be dissuaded from making its own service more attractive by aggressively using the competitive factor represented by the fee charged to the partner hotel. As a result of the inclusion of the MFN clause, lower prices could not be offered exclusively on that OTA.

In the opinion of the ICA, the use of the MFN clauses is likely to result in greater rigidity against lower prices for both fees applied to hotels and the prices of services offered by hotels to the detriment in the latter case, of end customers.

To eliminate the concerns raised by the ICA in the investigation, Booking presented commitments, then amended to address the comments made by market test participants.

Gli impegni presentati nella versione definitiva prevedono nella specie:

- (i) l'eliminazione dell'obbligo per gli *hotel partner* di offrire sulla piattaforma di Booking tariffe, termini e condizioni (ad esempio, inerenti la politica di cancellazione) uguali o più vantaggiosi rispetto a quelli offerti sulle altre OTA concorrenti;
- (ii) l'eliminazione dell'obbligo per gli *hotel partner* di offrire sulla piattaforma di Booking un numero di stanze, a prescindere dalla tipologia, eguali o superiore rispetto a quelle offerte sulle altre OTA concorrenti;
- (iii) l'eliminazione del divieto per gli *hotel partner* di offrire sui propri canali off-line tariffe, termini e condizioni uguali o più vantaggiosi rispetto a quelli offerti sulla piattaforma di Booking, a condizione che dette tariffe, termini e condizioni non siano pubblicati online o commercializzati on-line;
- (iv) il divieto per Booking di offrire commissioni più basse o altri tipi di incentivi agli *hotel partner* che volontariamente decidano di offrire, sulla piattaforma della Società, tariffe uguali o inferiori a quelle praticate sulle altre OTA;
- (v) una durata di 5 anni a partire dal 1° luglio 2015.

Con il provvedimento n. 25422 del 21 aprile 2015, l'AGCM ha ritenuto tali impegni idonei a rimuovere i profili di incompatibilità delle condotte tenute da Booking con il diritto della concorrenza. In particolare, l'Autorità ha rilevato che le nuove misure sono atte a consentire lo sviluppo di un'effettiva concorrenza tra le OTA, le quali potranno "utilizzare le commissioni come leve concorrenziali per ottenere dagli *hotel partner* tariffe e condizioni più vantaggiose da offrire ai consumatori". Inoltre, l'AGCM ha evidenziato che non costituisce una criticità concorrenziale la permanenza dell'obbligo di parità tariffaria, di termini e condizioni per gli *hotel* che effettuano vendite dirette su canali *on-line*, dal momento che queste hanno un peso molto contenuto sul complesso dei servizi alberghieri offerti in Italia<sup>1</sup>.

Anche le autorità di concorrenza di Francia e Svezia hanno concluso procedimenti analoghi avviati nei confronti di Booking ed Expedia, con l'accettazione degli impegni proposti dalla prima società. Invece, l'Autorità *antitrust* tedesca ha inviato la comunicazione degli addebiti a *Booking.com Deutschland GmbH* per aver adottato clausole cc.dd. di "best price" nei contratti stipulati con gli albergatori tedeschi, il cui utilizzo era stato vietato dalla stessa in esito ad un procedimento parallelo nei confronti di un'altra OTA, la *HRS*, alla fine del 2013 e confermato, peraltro, con sentenza definitiva dalla Suprema Corte Regionale di Düsseldorf lo scorso 9 gennaio 2015.

<sup>1</sup> Si consideri che i piccoli *hotel* indipendenti, che in Italia rappresentano circa l'85% dell'offerta complessiva di servizi alberghieri, realizzano la quasi totalità delle proprie vendite dirette attraverso il canale *off-line*, in relazione al quale non troverebbe più applicazione la clausola MFN.

The commitments presented in their final version in the case at hand envisage:

- (i) the removal of the requirement that hotel partners offer prices, terms and conditions (i.e. cancellation policy) on the Booking platform that are the same as or more advantageous than those offered on the other competing OTAs;
- (ii) the removal of the requirement that hotel partners offer the same or a greater number of rooms, irrespective of type, on the Booking platform as those offered on the other competing OTAs;
- (iii) the removal of the clause barring hotel partners from offering prices, terms and conditions on their own off-line channels that are the same or more advantageous than those offered on the Booking platform provided these prices, terms and conditions are not published on-line or marketed on-line;
- (iv) that Booking cannot offer lower fees or other incentives to hotel partners who voluntarily decide to offer, on the Company platform, prices that are the same as or less than those applied on the other OTAs.;
- (v) that they will run for 5 years starting on 1st July 2015.

In decision no. 25422 of 21 April 2015 the ICA found these commitments were likely to remove the alleged anti-competitive effects arising out of Booking's conduct. Specifically, the ICA found that the new measures would likely enable the development of effective competition between the OTAs, which could "use the fees as competitive leverage to obtain from the hotel partners more advantageous prices and conditions to offer to consumers". Further, the ICA determined that the obligation of equivalent pricing, terms and conditions for hotels that make direct sales through on-line channels does not infringe competition rules since these carry little weight compared to all hotel services offered in Italy<sup>1</sup>.

The competition authorities in France and Sweden concluded analogous proceedings commenced against Booking and Expedia and accepted the commitments presented by the former. The German Competition Authority, however, sent a Statement of Objections to *Booking.com Deutschland GmbH* for having implemented "best price" clauses in agreements entered into with German hotels. In a decision in a parallel case against another OTA (the *HRS*) at the end of 2013, the German Competition Authority ordered these clauses not be used. This decision was upheld by the Regional Supreme Court of Düsseldorf in a final decision of 9 January 2015.

<sup>1</sup> Small independent hotels, which in Italy represent approximately 85% of the total supply of hotel services, generate almost all of their own direct sales through off-line channels.

#### 4. L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha accertato la realizzazione di un cartello tra le società Chef Express e My Chef Ristorazione Commerciale avente per oggetto il condizionamento degli esiti di 16 gare per l’assegnazione di sub-concessioni ristoro poste sulla rete autostradale nazionale.

Con provvedimento n. 25345 del 22 aprile 2015 (“**decisione**”) l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“**Autorità**” o “**AGCM**”) ha accertato che le società Chef Express S.p.A. (“**Chef Express**”) e My Chef Ristorazione Commerciale S.p.A. (“**MyChef**”) e congiuntamente “**Società**”) hanno posto in essere un’intesa orizzontale segreta in violazione dell’art. 101 TFUE, consistente nel mettere in atto una strategia di coordinamento dei loro comportamenti in occasione di 16 gare per l’aggiudicazione di sub-concessioni ristoro poste sulla rete di pertinenza della società Autostrade per l’Italia S.p.A. (“**ASPI**”).

L’avvio del procedimento istruttorio I775 – *Procedure di affidamento dei servizi ristoro su rete autostradale ASPI* nei confronti delle Società aveva fatto seguito alla segnalazione operata dalla società Roland Berger Strategy Consultants S.r.l. (“**RB**”) che, nella sua qualità di *advisor* incaricato da ASPI di organizzare e gestire le procedure ad evidenza pubblica per l’affidamento delle sub-concessioni ristoro in scadenza, aveva denunciato la presenza di un “*comportamento insolito e speculare di due offerenti*” nell’ambito di 16 su 43 gare espletate in due *tranche* nel 2013.

Le risultanze istruttorie hanno confermato le dichiarazioni di RB.

In particolare, dall’analisi di una serie di documenti (tra cui *e-mail*, appunti manoscritti, tabelle contenenti simulazioni di offerte) riferiti alle gare oggetto del procedimento, in cui venivano analizzati possibili “*scenari*” di gara, è emerso che, in una fase preparatoria alle procedure competitive, le Società avrebbero concordato e messo in atto un meccanismo volto a orientare l’esito delle gare, mediante il quale ciascuna parte avrebbe di fatto supportato la combinazione di offerte (tecnica ed economica) proposta in gara dalla controparte. Più specificamente, il meccanismo prevedeva che nei lotti di interesse di una determinata società, quest’ultima presentasse offerte tecniche di buona qualità associate a rilanci contenuti sulla componente economica; a supporto di tale combinazione di offerte, nei medesimi lotti la controparte proponeva offerte tecniche di modesta qualità associate a rilanci economici elevati.

#### 4. The Italian Competition Authority found the companies Chef Express and My Chef Ristorazione Commerciale had formed a cartel to influence the award of 16 sub-licenses for catering services on the Italian motorway network.

In decision no. 25345 of 22 April 2015 (the “**decision**”) the Italian Competition Authority (the “**ICA**”) found that the companies Chef Express S.p.A. (“**Chef Express**”) and My Chef Ristorazione Commerciale S.p.A. (“**MyChef**”) and jointly the “**Companies**”) entered into a secret horizontal agreement in breach of Article 101 of the TFEU. The infringement consisted in the implementation of a strategy to coordinate their conduct in 16 tenders for the award of sub-licenses to provide catering services to the network managed by società Autostrade per l’Italia S.p.A. (“**ASPI**”).

The investigation no. I775 – *Procedure di affidamento dei servizi ristoro su rete autostradale ASPI* was commenced against the Companies following the complaint filed by Roland Berger Strategy Consultants S.r.l. (“**RB**”). In its capacity as the advisor appointed by ASPI to organise and manage the public tender procedures for the award of catering sub-licenses to replace expired agreements RB alleged the “*unusual and symmetrical conduct of two bidders*” in 16 of the 43 tenders executed in two tranches in 2013.

The findings of the investigation confirmed the allegations made by RB.

Specifically, an analysis of a series of documents (including emails, handwritten notes, tables containing bid simulations) referring to the tenders in question which analysed possible tender “*scenarios*” showed that in the preliminary phase of the tender the Companies agreed upon and implemented a mechanism aimed at rigging the award of the contracts. The mechanism involved each party supporting the combination of bid elements (the technical and financial components) presented in the tender by the other party. More specifically, if the lot was of interest to one of the companies, that company would present a strong technical bid associated with a weak financial bid. In support of this combination of components, in the same lots the other party presented a weak technical bid associated with a strong financial bid.

In tal modo, si determinava un depotenziamento delle offerte economiche presentate in gara dagli altri partecipanti e il conseguente effetto per cui il confronto concorrenziale veniva a basarsi quasi esclusivamente sul contenuto dell'offerta tecnica. Così operando, Chef Express facilitava l'aggiudicazione dei lotti di interesse di MyChef e viceversa, annullando ogni forma di concorrenza reciproca tra le stesse e alterando le dinamiche competitive tra gli altri concorrenti partecipanti alle gare in questione.

L'AGCM ha ritenuto che la descritta pratica collusiva, consistente di fatto nell'implementazione di condotte simmetriche e speculari da parte delle Società in occasione delle 16 gare, equamente aggiudicate a ciascuna di esse, non potesse essere frutto di scelte razionali individualmente assunte e, pertanto, integrasse una violazione molto grave dell'art. 101 del TFUE.

L'intesa in questione, infatti, risulta non solo avere per oggetto il condizionamento di gare ad evidenza pubblica e quindi costituire di per sé una sensibile restrizione ex se lesiva della concorrenza, ma altresì avere prodotto anche effetti anticoncorrenziali nella misura in cui ha consentito alle Società di aggiudicarsi le gare a condizioni economiche più vantaggiose rispetto a quelle che si sarebbero ragionevolmente determinate in assenza del meccanismo collusivo.

Nel calcolare l'importo base delle sanzioni da irrogare alle Società, l'AGCM nel rispetto dei punti 12 e 18 (*"Collusione nell'ambito di procedure di gare di appalti pubblici"*) delle proprie *"Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90"* (**"Linee Guida"**), ha applicato una percentuale del 20%, individuata in funzione della gravità della violazione (in particolare, della durata di 12 anni delle concessioni aggiudicate e dell'avvenuta piena attuazione dell'intesa) all'importo dell'aggiudicazione realizzato da ciascuna impresa partecipante alla pratica concertativa. Inoltre, ai sensi del punto 17 delle Linee Guida, ha ritenuto altresì opportuno applicare un ammontare supplementare pari al 15% (c.d. *entry fee*) per conferire alla sanzione il necessario carattere di effettiva deterrenza. In definitiva, l'Autorità ha multato Chef Express per 8.420.439 euro e My Chef per 4.968.600 euro.

In this way weaker financial bids were presented by the other bidders in the tender and competition was, consequently, almost exclusively based on the contents of the technical bids. Chef Express therefore facilitated the award of the lots of interest to MyChef and vice versa by avoiding reciprocal competition between them and by altering the competitive dynamics between the other competitors presenting bids in the tender in question.

The ICA found that the bid rigging, consisting in the implementation of symmetrical and similar conduct by the Companies in the 16 tenders, which were assigned equally between them, could not have been the result of individually-made rational choices and, therefore, constituted a very serious infringement of Article 101 of the TFEU.

The restrictive agreement in question not only involved bid-rigging constituting a substantial lessening of competition in and of itself harmful to competition, but also produced anti-competitive effects because the Companies were able to win the contracts at more economically advantageous conditions than those that would reasonably have been applied in the absence of collusion.

In calculating the basic amount of the fines to be imposed upon the Companies, in compliance with paragraphs 12 and 18 (*"Collusion in public procurement"*) and its own *"Guidelines on the method of setting fines imposed under Article 15(1) of Law 287/90"* (the **"Guidelines"**), the ICA applied a percentage of 20% based on the seriousness of the infringement (specifically, the 12 year duration of the contracts awarded and the full implementation of the agreement) of the amount of the contract awarded to each company that participated in the bid-rigging. Further, in accordance with paragraph 17 of the Guidelines, the ICA also decided to impose a supplementary amount of 15% (the *entry fee*) to give the fine the necessary deterrent effect. Finally, the ICA fined Chef Express Euro 8,420,439 and My Chef Euro 4,968,600.

## 5. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha accertato l'abuso di posizione dominante della Società Esercizi Aeroportuali, gestore in esclusiva degli scali aeroportuali di Milano Linate e Milano Malpensa nei mercati della gestione e messa a disposizione delle infrastrutture aeroportuali e dell'offerta ai vettori di servizi di assistenza a terra.

Con il provvedimento n. 25397 del 25 marzo 2015, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("Autorità" o "AGCM"), a conclusione del procedimento A474 – SEA/Convenzione ATA, ha sanzionato la Società Esercizi Aeroportuali S.p.A. ("SEA") per abuso di posizione dominante nel mercato della gestione delle infrastrutture aeroportuali di Aviazione Generale e nei mercati dei servizi di assistenza a terra, c.d. *handling*, nell'aeroporto di Milano – Linate.

L'Autorità ha precisato che SEA, con una concessione rilasciata ai sensi della Legge n.194/1962, sulla cui base è stata stipulata una pluridecennale Convenzione di gestione con l'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile ("ENAC"), è stata designata gestore totale degli aeroporti di Milano Linate e Malpensa fino al 2041. In forza di tale titolo e delle caratteristiche geomorfologiche dello scalo Milano Linate – tali per cui è possibile individuare due aree operative, fisicamente ben distinte e dotate di infrastrutture autonome, una destinata al traffico di Aviazione Commerciale ("AC") ed una destinata al traffico di Aviazione Generale ("AG") – SEA ha affidato in subconcessione ad ATA Ali Trasporti Aerei S.p.A. ("ATA Trasporti") la gestione delle infrastrutture dell'AG, nonché l'esercizio, non in esclusiva, di alcuni servizi di assistenza a terra svolti attraverso la propria controllata ATA Ali Servizi S.p.A. ("ATA Servizi").

Sulla base di queste premesse, l'AGCM ha quindi ritenuto la posizione dominante di SEA e la sua capacità "di ostacolare in modo durevole la persistenza di una concorrenza effettiva" data la possibilità, in quanto gestore unico e sub-concedente delle infrastrutture AG, e come tale titolare del potere di risolvere la Convenzione, di attivare tale potere ai propri fini.

Secondo l'AGCM, SEA avrebbe abusato della propria posizione dominante nell'ambito della procedura di concordato preventivo della Società Acqua Pia Antica Marcia S.p.A ("SAPAM") in liquidazione. In particolare, nell'ambito della procedura di gara indetta da SAPAM per la dismissione di una partecipazione pari al 98,3% detenuta in ATA Trasporti, avrebbe posto in essere

## 5. The Italian Competition Authority found the Società Esercizi Aeroportuali, which exclusively manages the Milan Linate and Malpensa airports, abused its dominant position on the markets for airport facilities management and the provision of ground-handling services to airlines.

In decision no. 25397 of 25 March 2015, the Italian Competition Authority (the "ICA") concluded investigation no. A474 – SEA/Convenzione ATA and imposed a fine upon Società Esercizi Aeroportuali S.p.A. ("SEA") for having abused its dominant position on the market for general aviation airport facilities management and on the ground-handling services markets at the Milan Linate airport.

The ICA specified that according to a concession agreement under Law no.194/1962 which led to the conclusion of a management agreement to span several decades with the National Civil Aviation Entity ("NCAE"), SEA was designated total manager of the Milan Linate and Malpensa airports until 2041. Under this agreement and as a result of the geomorphologic features of the Linate airport – such that two operational areas may be identified which are physically separate and which have autonomous facilities, the first used for Commercial Aviation traffic ("CA") and the second used for General Aviation traffic ("GA") – SEA granted a sub-concession agreement to ATA Ali Trasporti Aerei S.p.A. ("ATA Trasporti") for the GA facilities management as well as the non-exclusive supply of certain ground-handling services through its own subsidiary ATA Ali Servizi S.p.A. ("ATA Servizi").

On the basis of the above, the ICA found SEA held a dominant position. It was able to "foreclose, on a lasting basis, any effective competition." In its capacity as sole manager and sub-concession grantor of the GA facilities it had the authority to terminate the Concession Agreement and it could use this authority for its own purposes.

According to the ICA, SEA abused its dominant position in the context of the creditors' composition procedure of Società Acqua Pia Antica Marcia S.p.A ("SAPAM") in liquidation. Specifically, in the tender called by SAPAM for the sale of a

un'unitaria strategia escludente attraverso tre tipologie di comportamento:

- (i) ostacolando la procedura di aggiudicazione con la contestazione di inefficienze e carenze informative degli organi della procedura, i.e. l'*advisor* gestore della procedura e SAPAM, in merito ad asseriti inadempimenti del sub-concedente;
- (ii) avuta informalmente notizia che la società Cedicor Sociedad Anonima ("**Cedicor**") aveva presentato la migliore offerta, inviando due lettere rappresentanti, la prima, l'inizio delle azioni giudiziarie per risolvere la Convenzione e, la seconda, la risoluzione della Convenzione per inadempimenti di ATA;
- (iii) presentando un'offerta al rialzo rispetto a quella di Cedicor per l'acquisto di ATA Trasporti, nonostante le lettere.

*Sub (i)*, l'AGCM, sulla base della documentazione istruttoria, ha rilevato la pretestuosità delle contestazioni mosse da SEA come confermata dal fatto che SEA non ha mai azionato i tradizionali rimedi civilistici per rientrare in possesso dei beni oggetto di sub-concessione e ha continuato a valutare la possibilità di acquisire ATA Trasporti.

*Sub (ii)*, l'Autorità ha accertato l'uso strumentale della leva della risoluzione per inadempimento, solo al momento della notizia relativa alla possibilità di non vedersi aggiudicare la gara.

*Sub (iii)*, l'AGCM, ha riscontrato il forte interesse di SEA ad acquisire ATA sulla base di due elementi: da un lato, perché costituiva un *business "strategico"* dal momento che ATA Servizi e è attiva su numerosi scali aeroportuali italiani e l'offerta di servizi di *handling* AG è molto più sensibile rispetto all'AC alla presenza di un network di aeroporti coperti da un medesimo operatore; dall'altro, in quanto l'acquisizione avrebbe consentito a SEA una sinergia con il secondo operatore di *handling* di AG a Linate interessato alle attività di ATA Servizi sugli scali di Venezia e Ciampino.

In conclusione, ad avviso dell'Autorità, con la sua condotta abusiva in violazione dell'art. 102 del TFUE, SEA avrebbe alterato "*deliberatamente e irrimediabilmente*" la concorrenza "*per*" il mercato della gestione delle infrastrutture aeroportuali dell'AG inibendone l'ingresso a Cedicor – un concorrente particolarmente efficiente che avrebbe potuto costituire una valida alternativa al concessionario storico – e "*nel*" mercato dei servizi di *handling* per l'AG, acquisendo il primo operatore e ponendo in essere politiche di accesso volte a rafforzarne direttamente o indirettamente la posizione sul mercato. SEA, inoltre, con il suo comportamento abusivo avrebbe *in primis* danneggiato i vettori aerei e gli operatori attivi nell'*handling* e, a cascata, i consumatori finali del servizio di trasporto aereo.

L'AGCM ha dunque irrogato a SEA una sanzione pari a 3.365.000 euro.

98.3% holding in ATA Trasporti, it allegedly implemented a single exclusionary strategy by way of three types of conduct:

- (i) it hindered the procedure to award the contract by complaining of inefficiencies and non-disclosure of information by the procedure bodies, i.e. the procedure manager advisor and SAPAM with regard to the alleged breach by the sub-concession grantor;
- (ii) having informally learned that the company Cedicor Sociedad Anonima ("**Cedicor**") had presented the best bid, it sent two letters. In the first letter it informed of the commencement of legal proceedings to terminate the Concession Agreement. In the second letter it gave notice of the termination of the Concession Agreement for breaches on behalf of ATA;
- (iii) it presented a higher bid than Cedicor's offer for the purchase of ATA Trasporti, notwithstanding the letters.

With regard to (i), based on the documentary evidence, the ICA found there were no grounds in support of the complaints made by SEA as confirmed by the fact that SEA never pursued the traditional civil law remedies to regain possession of the assets under the sub-concession agreement and continued to consider the possibility of acquiring ATA Trasporti.

With regard to (ii), the ICA found the right to terminate for breach had been used opportunistically, only after it learned it could not win the tender bid.

With regard to (iii), the ICA found SEA had a strong interest to acquire ATA based on two elements: on the one hand, it constituted a "*strategic*" business since ATA Servizi carries on business at many Italian airports and its offer of GA ground-handling services is much more sensitive than the CA to the presence of a network of airports covered by the same operator; and, on the other hand, the acquisition would have allowed SEA to create a synergy with the second GA ground-handling services provider at Linate interested in the ATA Servizi business at the Venice and Ciampino airports.

In conclusion, in the opinion of the ICA, through this abusive conduct contrary to Article 102 of the TFEU, SEA "*intentionally and irremediably*" altered the competition "*for*" the market for GA airport facilities management and foreclosed the entry of Cedicor – an especially efficient competitor which could have created a valid alternative to the past license holder – and "*on*" the market for GA ground-handling services, becoming the leading operator and implementing access policies aimed at directly or indirectly strengthening its position on the market. Further, by its abusive conduct SEA first and foremost harmed the airlines and operators doing business in the ground-handling sector and, consequently, the end consumers of the air transport service.

The ICA therefore imposed a fine upon SEA of Euro 3,365,000.

## 6. L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha accettato e resi obbligatori gli impegni presentati da Facile.it e 6Sicuro.it nell’ambito di due distinti procedimenti volti ad accertare l’esistenza di possibili pratiche commerciali scorrette connesse all’offerta di polizze assicurative RC auto tramite i rispettivi siti internet.

L’8 aprile 2015, con i provvedimenti n. 25420 e n. 25421, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“**Autorità**” o “**AGCM**”), ha concluso rispettivamente i procedimenti istruttori PS9212 e PS9518, accettando e rendendo obbligatori gli impegni presentati ai sensi dell’art.14-ter della Legge n. 287/1990 dalle società Facile.it S.p.A. e Facile.it Broker di Assicurazioni S.r.l. (congiuntamente “**Facile**”) e dalla società 6Sicuro S.p.A. (“**6Sicuro**”), senza accertare l’infrazione inizialmente contestata.

Nonostante l’avvio di due distinti procedimenti, le condotte contestate alle Società erano le medesime e, in particolare, riguardavano:

- (i) il risparmio conseguibile tramite il sito comparativo. L’Autorità ha ritenuto che la prospettazione di una specifica e significativa convenienza delle offerte in mancanza di specificazioni ulteriori, come le condizioni e i parametri rispetto ai quali quantificare il risparmio, fosse suscettibile di orientare indebitamente le scelte del consumatore *“inducendolo ad assumere decisioni di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”*;
- (ii) le informazioni circa il meccanismo di funzionamento del sito, il processo di vendita e le fonti di guadagno. L’AGCM ha ritenuto che le informazioni presenti sui siti non avrebbero consentito un processo decisionale del consumatore pienamente consapevole, mancando qualsiasi riferimento a: la natura dell’attività economica svolta da comparatore, il perimetro di comparazione preso a riferimento, la valenza del risultato della comparazione, le caratteristiche del processo di vendita delle polizze. Per Facile, inoltre, l’Autorità ha ritenuto la prospettazione del servizio di comparazione qualificandolo in termini di totale gratuità suscettibile di essere configurata come pratica commerciale rientrante nella c.d. *black list* *“quando, in realtà, in caso di conclusione del contratto assicurativo, le scelte del consumatore determinano maggiori o minori ricavi per i professionisti a titolo di provvigioni percepite”*;
- (iii) le coperture accessorie, la comparabilità delle offerte e i criteri di definizione del *ranking*. L’AGCM ha riscontrato che,

## 6. The Italian Competition Authority has accepted and made binding the commitments presented by Facile.it and 6Sicuro.it in two separate proceedings that were examining alleged unfair commercial practices in the sale of car insurance policies on their respective web sites.

On 8 April 2015, the Italian Competition Authority (the “**ICA**”) gave two rulings, nos. 25420 and 25421, bringing to an end two procedures, PS9212 and PS9518, respectively. In doing so, it accepted and made binding the commitments that had been presented, pursuant to article 14-ter of Law No. 287/1990 by the companies investigated, Facile.it S.p.A. and Facile.it Broker di Assicurazioni S.r.l. (together, “**Facile**”) and 6Sicuro S.p.A. (“**6Sicuro**”), without expressing any decision on whether the breach originally alleged had been committed.

Although there had been two separate procedures, the conduct that was alleged against the companies was very similar. Specifically, it had regarded:

- (i) the savings that consumers might obtain by using a comparison website. The ICA considered that putting forward offers as representing specific and significant savings, while not providing further particulars such as the conditions and parameters that were used in quantifying those savings, could unduly sway consumers in their decision-making, *“leading them to take decisions of a commercial nature that they would not otherwise take”*;
- (ii) the information regarding how the site functioned, the sales process, and the sources of revenue. The ICA considered that the information that was present on the sites would not have enabled consumers to make fully-informed decisions, given the absence of any reference to: the nature of the comparison sites’ businesses; the scope of the comparison, i.e., the pool from which the offers being compared would be drawn; the meaningfulness of the comparison results; or the characteristics of the processes under which policies were sold. In relation to Facile, the ICA found that describing the comparison service in terms of its being entirely free might be considered to constitute a banned unfair commercial practices, per the blacklist, *“where in reality, if an insurance contract was entered into, the consumer’s decisions would result in greater or lesser revenues for the professionals, by way of commissions received”*; and
- (iii) the additional insurance coverage included in quotes, the quotes’ comparability, and the criteria used for determining

ad esito del processo di preventivazione, le polizze non sempre apparivano conformi alle richieste del consumatore e che l'ordinamento di convenienza non sempre veniva effettuato sulla base di prezzi dei polizze con caratteristiche omogenee con la potenziale conseguenza di generare un sistema di vendita ingannevole.

Nel corso del procedimento, le Società hanno presentato impegni, ai sensi dell'articolo 27, comma 7, del Codice del Consumo, e in particolare:

*sub (i)*, inserire, accanto ai *claims* promozionali relativi agli sconti e più in generale al risparmio conseguibile, apposti asterischi che rimandano alla specifica indicazione dei criteri di quantificazione della convenienza dell'offerta;

*sub (ii)*, inserire, nei rispettivi siti, le informazioni relative a: la natura della loro attività, il meccanismo di funzionamento della comparazione, le provvigioni percepite e la rilevanza del risultato ottenuto dalla comparazione;

*sub (iii)*, Facile a includere tra i risultati solo i preventivi relativi alle polizze con le coperture accessorie richieste dall'utente e a prevedere coperture aggiuntive solo su richiesta del consumatore effettuate mediante la selezione/deselezione specifica in sede di acquisto, c.d. *opt-in*. 6Sicuro ad effettuare la comparazione tra le varie polizze sulla base del prezzo proposto dalle singole compagnie per la sola RC auto/moto, offrendo la possibilità di scegliere coperture ulteriori con il meccanismo dell'*opt-in* ovvero, qualora le compagnie includano nel premio RC auto una o più garanzie accessorie non eliminabili, a darne adeguata evidenza.

L'Autorità ha deciso di accogliere gli impegni presentati. Nella specie: gli impegni

*sub (i)* sono stati valutati idonei ad informare adeguatamente il consumatore circa la natura degli sconti forniti e dei risparmi conseguibili in quanto consentono di accedere immediatamente ai parametri su cui si basa la convenienza prospettata;

*sub (ii)* capaci di mettere il consumatore nelle condizioni di valutare il contenuto informativo del risultato della comparazione rispetto ad altre fonti informative presenti sul mercato;

*sub (iii)* di Facile sono stati considerati idonei a rendere il confronto delle offerte maggiormente omogeneo e trasparente dal momento che in questo modo il processo di preventivazione si concluderà con la quotazione di sole polizze RC, mentre coperture ulteriori dovranno essere selezionate con l'*opt-in*. Analogamente sono stati valutati gli impegni di 6Sicuro che pure prevedono questo sistema con l'eccezione delle compagnie che offrono pacchetti inscindibili, di cui la società si è comunque impegnata a dare adeguata evidenza.

the rankings. The ICA ruled that the policies that emerged at the end of the process for obtaining quotes did not appear always to be consistent with what the consumer had requested, and the ranking (ostensibly in terms of the best deals) was not always a ranking by price of policies that had consistent characteristics, and that could potentially mean that this was a misleading system of sale.

In the course of the procedures, the companies presented commitments under article 27(7) of the Consumer Code, under which they addressed each of these three heads, as follows:

- (i) both offered to include, alongside promotional claims related to discounts, and more generally, claims as to the savings that consumers might obtain, asterisks referring users to specific details of the criteria used in ranking the different deals;
- (ii) both would include on their websites information related to the nature of their business, the mechanism used in operating the comparison, the commissions they received, and the significance of the result obtained in the comparison; and
- (iii) Facile would include among its results only quotes for policies with the additional insurance coverage that users had requested, and allow additional coverage only where the consumer requested it, using toggle switches enabling consumers to opt in at the time of purchase; and 6Sicuro would make its comparisons among the various policies on the basis of the quote offered by the individual insurers solely for car and motorcycle third-party-only policies, with consumers able to opt into additional coverage; and where the insurers included one or more additional forms of insurance in their third-party-only quotes and these could not be eliminated, this would be highlighted.

The ICA decided to uphold these commitments. In particular: the commitments

- (i) would enable consumers to have suitable information regarding the nature of the discounts on offer, and the savings that might be obtained, as they would provide immediate access to the parameters by which the deals were being ranked;
- (ii) would put consumers into a position where they could assess the information that the comparison result represented, relative to other sources of information in the market; and
- (iii) from Facile, would make the comparison between the quotes more consistent and transparent, since it would mean that the process of obtaining quotes would culminate in the presentation of third-party only policies, and any additional coverage would have to be opted into; and from 6Sicuro, would offer a similar system, except where insurers offered deals that could not be unbundled, in which case these would be suitably described.

## 7. Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, nell'annullare il provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella parte in cui sanzionava per oltre 830 mila euro la Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici e degli Odontoiatri, ha riconosciuto come il tardivo avvio del procedimento istruttorio sia idoneo a determinare la riduzione della sanzione irrogata.

Con la sentenza del 1° aprile 2015, n. 4943, il Tar Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione I (“**TAR**”), ha accolto parzialmente il ricorso presentato dalla Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri (“**Federazione**” o “**FNOMCO**”) avverso la decisione n. 25078 del 4 settembre 2014 (“**decisione**”) con la quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“**AGCM**” o “**Autorità**”) aveva accertato nei suoi confronti un'intesa restrittiva della concorrenza e irrogato una sanzione pari a 831.816 euro<sup>1</sup>. In particolare, il TAR ha annullato la decisione nella sola parte relativa alla quantificazione della sanzione e ha rideterminato la stessa nell'importo di 415.908 euro.

Con la decisione emessa in esito al procedimento I738, avviato il 3 settembre 2013, l'AGCM aveva ritenuto che la condotta della Federazione, consistente nell'adozione e nella diffusione di alcune disposizioni deontologiche che stabilivano divieti e vincoli all'utilizzo dello strumento pubblicitario da parte dei professionisti in contrasto con la disciplina vigente in materia di pubblicità per le professioni regolamentate, integrava un'intesa restrittiva per oggetto ex art. 101 del TFUE. Nella specie, la previsione di divieti di pubblicità promozionale e comparativa contenuti nel Codice del 2006, nelle successive linee guida e mantenuti altresì nella versione aggiornata del Codice del 2014, accompagnati dalla virtuale minaccia dell'applicazione di sanzioni disciplinari collegate alla violazione di tali norme deontologiche, è stata valutata dall'Autorità idonea ad alterare in misura sensibile il normale funzionamento del meccanismo concorrenziale tra gli iscritti all'albo.

Il TAR, con la sentenza in commento, ha confermato integralmente le valutazioni operate dall'AGCM in ordine alla natura illecita delle disposizioni deontologiche adottate dalla Federazione, affermando espressamente il principio secondo il quale *“sia la pubblicità promozionale che la pubblicità comparativa sono lecite, e non possono essere vietate, laddove prive di profili di ingannevolezza, equivocità e denigratorietà”*.

## 7. The Regional Administrative Court of Lazio has set aside the ruling of the Italian Competition Authority which fined the National Federation of Surgeons and Dentists Euro 830,000 and held that the fine should be reduced due to the late start of the preliminary investigation.

By way of the judgment of 1 April 2015, no. 4943, the Regional Administrative Court of Lazio, Section I (the “**TAR**”) allowed in part the appeal brought by the National Federation of Surgeons and Dentists (the “**Federation**”) against decision no. 25078 of 4 September 2014 (the “**decision**”) of the Italian Competition Authority (the “**ICA**” or the “**Authority**”) which found it had participated in an agreement restricting competition and fined it Euro 831,816<sup>1</sup>. In particular, the TAR set aside the part of the decision relating to the quantification of the fine and reduced it to Euro 415,908.

By way of the decision issued following investigation no. 1738, launched on 3 September 2013, the Authority took the view that the conduct of the Federation consisting of the adoption and dissemination of code of conduct provisions which prohibited and restricted advertising by surgeons and dentists contrary to the rules in force on advertising for the professions in question constituted a restrictive agreement within the meaning of art. 101 of the TFEU. In particular, the prohibition on promotional and comparative advertising set out in the Code of 2006, the subsequent guidelines and the updated 2014 code, accompanied by the threat of the application of disciplinary sanctions for the breach of the code of conduct, was deemed by the ICA likely to alter significantly the normal functioning of the competitive mechanism amongst the members of the association.

The TAR affirmed the views of the ICA in their entirety as regards the unlawful nature of the code of conduct provisions adopted by the Federation and expressly upheld the principle that *“both promotional advertising and comparative advertising are lawful and they cannot be forbidden where there they are free of deceit, ambiguity and offensiveness”*.

Further, the administrative court dismissed the argument of the Federation that the decision was unlawful on the ground that the

<sup>1</sup> Il commento della decisione è reperibile sul numero 6/2014 dell'*Italian Competition Newsletter* di Clifford Chance.

<sup>1</sup> Observations on the decision can be found in Clifford Chance Italian Competition Newsletter no. 6/2014.

Inoltre, il Giudice amministrativo ha rigettato il rilievo della Federazione volto a sostenere l'illegittimità della decisione per intervenuta scadenza del termine di prescrizione nel momento in cui l'Autorità aveva avviato il procedimento. Come noto, il termine di prescrizione quinquennale decorre dal momento in cui è attuata la condotta anticompetitiva, se si tratta di illecito istantaneo, o dalla data di cessazione dell'infrazione, se si tratta di illecito permanente. Ebbene, il TAR ha osservato che la natura "permanente" della condotta ha precluso in concreto l'utile decorrenza del termine di prescrizione, considerato che al momento dell'avvio del procedimento l'infrazione era ancora in corso.

Il TAR ha invece accolto la doglianza della Federazione in merito alla tardiva contestazione dell'illecito da parte dell'AGCM, in violazione del disposto ex art 14 D.lgs. n. 689/81, il quale impone il rispetto di un termine di 90 giorni dal momento in cui l'illecito può essere accertato. Sul punto, il TAR, pur richiamando il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui il computo dei termini della fase pre-istruttoria dei procedimenti dell'AGCM vada collegato non già alla data di commissione dell'illecito "ma al tempo dell'accertamento dell'infrazione, da intendersi [come] acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita, implicante il riscontro dell'esistenza e della consistenza dell'infrazione e dei suoi effetti", ha affermato che l'Autorità ha utilizzato un termine palesemente incongruo per procedere alla contestazione. Ciò in ragione sia della particolare risalezza delle evidenze sulla base delle quali ha poi deciso di attivarsi (indagine conoscitiva conclusa nel 2009, segnalazioni di singoli professionisti e grandi società tra cui Groupon S.p.A. ricevute a partire dal 2010), sia della circostanza che l'accertamento della condotta oggetto di contestazione non presupponeva l'esigenza di lunghe indagini pre-istruttorie, bensì una "mera analisi giuridica delle disposizioni censurate".

Il TAR ha concluso che, in considerazione della natura permanente dell'illecito, la tardiva contestazione della presunta infrazione da parte dell'AGCM non fosse idonea ad inficiare l'intero procedimento rilevando, invece, ai fini del calcolo della sanzione comminata. In particolare, ha statuito che la sanzione vada parametrata ad un periodo di violazione rispetto al quale la contestazione può dirsi tempestivamente operata, individuato nell'intervallo di tempo che va dalla comunicazione di avvio del procedimento (3 settembre 2013) a quella di emanazione del provvedimento sanzionatorio (4 settembre 2014). Pertanto, il TAR in considerazione della riduzione del periodo utilmente valutabile, ha annullato la decisione nella sola parte inerente la quantificazione della sanzione, rideterminando l'importo in 415.908 euro.

time bar had fallen when the Authority launched the investigation. As is known, the five year time period starts to run from the time that the anti-competitive behaviour took place if it is instantaneous or from the date of the termination of the infringement if it is ongoing wrongdoing. However, the TAR pointed out that the "ongoing" nature of the conduct precluded the running of the time bar as at the time of the launch of the proceedings the infringement was still continuing.

The TAR, however, accepted the Federation's argument that the ICA had submitted its complaint late and was thus in breach of the provisions of section 14 of Legislative Decree no. 689/81 which imposes a time limit of 90 days from the time in which the wrongdoing can be found. On this point the TAR invoked settled case law that the calculation of the time limits of the pre-investigation stages of the ICA proceedings should be linked not with the date of the commission of the wrongdoing "but at the time of the finding of the infringement, in other words the acquisition of the full knowledge of the wrongful conduct, entailing the establishment of the existence and extent of the infringement and its effects". However, it held that the ICA used a time limit clearly inappropriate for bringing the complaint. This is due to the specific significance of the evidence on the basis of which it then decided to take action (the investigation concluded in 2009, the reports from individual doctors and dentists and large companies such as Groupon S.p.A. received from 2010 onwards) and the fact that examination of the conduct in question did not require lengthy preliminary investigations but rather a "merely legal analysis of the criticised provisions".

The TAR reached the conclusion that in view of the ongoing nature of the wrongdoing the late complaint of the alleged breach by the Authority did not impact the entire investigation but was relevant to the calculation of the fine. In particular, it laid down that the fine should relate to a period of breach in respect of which the complaint can be said to be made in good time, identified as the interval of time between the notification of the start of the investigation (3 September 2013) and the issuing of the fine (4 September 2014). Further, the TAR, in view of the reduction of the period that may be assessed, set aside the part of the decision relating to the quantification of the fine and reduced it to Euro 415,908.

## 8. Il Consiglio di Stato ha respinto il ricorso in appello presentato da Telecom Italia avverso la sentenza del TAR, e conseguentemente confermato la decisione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con cui era stato accertato un abuso di posizione dominante nella fornitura di servizi di accesso all’ingrosso alla rete e alla banda larga da parte della Società.

Con la sentenza 15 maggio 2015, n. 2479, il Consiglio di Stato, Sezione VI, ha respinto l’appello presentato da Telecom Italia S.p.A. (“**Telecom**” o “**Società**”) avverso la sentenza 8 maggio 2014, n. 4801, del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione I (“**TAR**”), confermando gli esiti del procedimento istruttorio A428 concluso dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“**Autorità**” o “**AGCM**”) il 9 maggio 2013 con il provvedimento n. 24339 (“**decisione**”).

In particolare, l’AGCM – dopo aver rigettato gli impegni presentati dalla Società, ai sensi dell’articolo 14-ter della Legge n. 287/90 – aveva accertato che la Società aveva realizzato nel periodo 2009-2011 due abusi di posizione dominante contrari all’art. 102 del TFUE attraverso due distinte condotte:

- (i) opposizione ai concorrenti di un numero ingiustificatamente elevato di rifiuti di erogazione dei servizi all’ingrosso, finalizzata a rallentare il processo di crescita dei concorrenti nei mercati dei servizi di accesso al dettaglio di telefonia vocale e di accesso a internet a banda larga;
- (ii) attuazione di una politica di scontistica alla grande clientela business per il servizio di accesso al dettaglio alla rete telefonica fissa, al fine di operare una compressione dei margini tra prezzi e costi (cd. margin squeeze) degli operatori concorrenti e, pertanto, ostacolare l’effettivo dispiegarsi del meccanismo concorrenziale nel mercato dei servizi di accesso al dettaglio rivolti alla clientela non residenziale.

L’Autorità aveva dunque irrogato due sanzioni amministrative pecuniarie, ciascuna per ogni infrazione accertata, pari rispettivamente a euro 88.182.000 e a euro 15.612.00.

La Società agiva dinanzi al TAR per ottenere l’annullamento del provvedimento di rigetto degli impegni e della decisione.

## 8. The Supreme Administrative Court has dismissed the appeal brought by Telecom Italia against the judgment of the TAR and consequently upheld the decision of the Competition Authority which had found an abuse of a dominant position in the supply by the Company of wholesale services for access to the internet and broadband.

By way of the judgment of 15 May 2015, no. 2479, the Supreme Administrative Court, Section VI, dismissed the appeal brought by Telecom Italia S.p.A. (“**Telecom**” or the “**Company**”) against the judgment of 8 May 2014, no. 4801, of the Regional Administrative Court of Lazio, Section I (the “**TAR**”) and upheld the findings of the investigation no. A428 by the Italian Competition Authority (the “**ICA**”) on 9 May 2013 by way of decision no. 24339 (the “**decision**”).

In particular, the ICA, having rejected the commitments submitted by the Company, pursuant to article 14-ter of Law no. 287/90 found that the Company had engaged in the period 2009-2011 in two abuses of a dominant position contrary to art. 102 of the TFEU through two distinct behaviours:

- (i) an unjustifiably high number of refusals to provide wholesale services aimed at slowing down the growth of competitors in the markets for retail services for access to voice telephony and broadband internet;
- (ii) a discount policy to the large business clientele for retail access service to the landline network for the purpose of compressing the margins between prices and costs (so-called margin squeeze) of the competing operators and accordingly impede the functioning of the competitive mechanism in the market for retail access services aimed at non-residential clients.

Therefore the ICA issued two administrative fines amounting respectively to Euro 88,182,000 and Euro 15,612.00.

The Company brought action before the TAR seeking nullification of the order dismissing the commitments and the decision.

Il Giudice di primo grado respingeva tutti i motivi di ricorso, confermando in pieno le valutazioni svolte dall'AGCM sia per quanto riguarda l'accertamento dell'abuso sia con riferimento all'*iter* logico giuridico seguito per calcolare la sanzione<sup>1</sup>.

Avverso la sentenza del TAR, Telecom ha presentato ricorso in appello, proponendo, di fatto, le medesime doglianze formulate in primo grado. In particolare, Telecom ha rilevato il difetto di istruttoria, l'erroneo approccio metodologico dell'Autorità nella rilevazione finale dei prezzi al dettaglio, l'incompatibilità dell'assunto dell'AGCM con il quadro regolamentare di riferimento, nonché l'erroneo rigetto degli impegni.

Posto che *"non pare che le numerose censure proposte [...] siano state trascurate dal primo giudice, che le ha esaminate tutte, in relazione agli argomenti adottati"*, la Suprema Corte Amministrativa ha respinto l'appello proposto da Telecom, ritenendo il giudizio operato nella sentenza di primo grado e nel provvedimento *"non illogico né irragionevole"*.

Con riferimento all'abuso *sub* (i), il Consiglio di Stato ha rilevato infondate le contestazioni, evidenziando che l'Autorità ha concentrato l'attenzione sulle ingiustificate differenze qualitative e discriminatorie tra il processo applicato per le divisioni commerciali di Telecom e quello previsto per gli operatori concorrenti. La condotta di ostacolo tenuta da Telecom è stata rilevata, dunque, in virtù delle differenze strutturali nella gestione dei due servizi di attivazione tra gli operatori concorrenti e le divisioni commerciali della Società, tenuto conto dell'indubbia essenzialità dell'infrastruttura. Con riferimento all'abuso *sub* (ii), i giudici hanno confermato la logicità e ragionevolezza del metodo utilizzato dall'Autorità per la determinazione della compressione dei margini tra prezzi e costi con riferimento alle condizioni praticate per il mercato al dettaglio dei servizi di accesso. In tal modo, secondo il Supremo Collegio, l'Autorità ha dimostrato che *"se Telecom avesse sostenuto i costi iniziali imposti ai concorrenti, non avrebbe che potuto trovarsi in perdita"*.

Relativamente al vizio di incompatibilità delle conclusioni dell'AGCM con il quadro regolamentare di riferimento, il Consiglio di Stato – distinguendo il ruolo, seppur complementare, della regolazione *ex ante* dal controllo *ex post* di violazioni della concorrenza – ha, altresì, evidenziato come l'Autorità nazionale di regolazione del settore (AGCOM) abbia condiviso le valutazioni dell'AGCM nella vicenda in questione e come quest'ultima continui a rilevare criticità per i servizi a favore degli operatori concorrenti.

The trial judge dismissed all the grounds for the appeal and affirmed in full the views of the ICA in relation to both the finding of an abuse of a dominant position as well as in relation to the logical and legal reasoning behind the calculation of the fine<sup>1</sup>.

Telecom brought an appeal against the judgment of the TAR and made the same complaints brought at first instance. In particular, Telecom pointed out the evidentiary flaws and the mistaken methodological approach of the ICA in the final survey of the retail prices, the incompatibility of the assumption of the ICA with the regulatory framework in question and the mistaken rejection of the commitments.

Given that *"it does not appear that the numerous criticisms raised [...] were neglected by the trial judge, which examined all of them in relation to the arguments submitted"*, the Supreme Administrative Court dismissed the appeal brought by Telecom and took the view that the judgment handed down at first instance and in the court order *"is not illogical or unreasonable"*.

As regards the behaviour under (i), the Supreme Administrative Court deemed the complaints to be unfounded and stressed that the ICA concentrated its attention on the unjustified qualitative and discriminatory differences between the process applied to the commercial divisions of Telecom and that provided for the competing operators. Telecom was deemed to have restricted competition due to the structural differences in the management of the two activation services between the competing operators and the commercial divisions of the Company as the infrastructure was doubtless essential. As regards the behaviour under (ii), judges confirmed that the method used by the ICA for the determination of the compression of the margins between prices and costs in relation to the conditions applied to the retail market for access services. In this way, according to the panel, the ICA demonstrated that *"if Telecom had incurred the initial costs imposed on the competitors it was bound to end up in a loss"*.

As regards the flaw of incompatibility of the findings of the ICA with the relevant regulatory framework, the Supreme Administrative Court distinguished the role, albeit complementary, of the *ex ante* regulation from the *ex post* control of breaches of competition and has always stressed that the national watchdog (AGCOM) agreed with the findings of the ICA as to the matter in question and that the latter continues to point out critical issues relating to the services for competitor operators.

<sup>1</sup> Per un più dettagliato commento della decisione dell'AGCM e della sentenza del TAR si rimanda rispettivamente al n. 1/2013 e al n. 4/2014 dell'*Italian Competition Newsletter* di Clifford Chance.

<sup>1</sup> For a more detailed comment on the decision of the ICA and the judgment of the TAR see respectively no. 1/2013 and no. 4/2014 of Clifford Chance *Italian Competition Newsletter*.

## **9. La Cassazione, nell'affrontare nuovamente il tema della non impugnabilità in cassazione dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c., ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto avverso l'ordinanza emessa in esito ad un procedimento cautelare, in quanto priva del carattere della decisorietà ed inidonea alla stabilità propria del giudicato.**

La società Trans Ferry S.p.A. ("**Trans Ferry**") instaurava con ricorso un procedimento d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c. avverso la England Tir S.p.A. ("**England Tir**") lamentando un'attività di concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598 n. 3 c.c.. In particolare, la England Tir aveva tentato, mediante l'utilizzo di una tecnica informatica denominata "*port scanning*", di accedere al sistema informatico della Trans Ferry per carpire informazioni riservate e per cagionare un'attività di disturbo con conseguenti rallentamenti di sistema.

Con ordinanza del 20 settembre 2007 il Tribunale di Piacenza accoglieva il ricorso di Trans Ferry ordinando a England Tir di astenersi da qualsiasi attività di *port scanning* a danno della prima, nonché di astenersi da qualsivoglia ulteriore attività potenzialmente idonea a rallentare, danneggiare ovvero violare il sistema informatico della Trans Ferry. Avverso tale ordinanza proponeva ricorso in cassazione la England Tir chiedendone la revoca e/o la riforma totale e un nuovo esame dei presupposti del ricorso.

Con sentenza n. 23652 del 9 ottobre 2014, la Suprema Corte, in conformità alla giurisprudenza ampiamente consolidata, ha ribadito che contro i provvedimenti urgenti anticipatori degli effetti della sentenza di merito, emessi *ante causam* ai sensi dell'art. 700 c.p.c., non è proponibile il ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 della Costituzione e pertanto, qualora esperito, è inammissibile.

Il *leading case* in materia è stata la pronuncia delle Sezioni Unite n. 584 del 24 gennaio 1995, secondo cui "*L'ordinanza emessa dal tribunale a norma dell'art. 669-terdecies c.p.c. su reclamo avverso il provvedimento del pretore concessivo di una misura cautelare, avendo gli stessi caratteri di provvisorietà e non decisorietà propri del provvedimento impugnato, in quanto destinato a perdere efficacia e vigore a seguito della decisione di merito ed inidoneo a produrre effetti di diritto sostanziale e*

## **9. The Supreme Court has once again addressed the issue of whether urgent injunctions can be challenged before the Supreme Court under section 700 of the Code of Civil Procedure and held that appeals against court orders handed down following precautionary and interim proceedings cannot be appealed as they lack finality and are unsuitable for the stability of the judgment.**

Trans Ferry S.p.A. ("**Trans Ferry**") sought urgent injunction under section 700 of the Code of Civil Procedure against England Tir S.p.A. ("**England Tir**") complaining of unfair competition under Section 2598 no. 3 of the Civil Code. In particular, England Tir had tried through the use of a technique called port scanning to access the IT system of Trans Ferry in order to obtain confidential information, cause a disturbance and slow down the system.

By way of the order of 20 September 2007 the Court of Piacenza allowed the application by Trans Ferry and ordered England Tir to refrain from any port scanning to the detriment of the former and stop any further activity potentially likely to slow down, damage or breach Trans Ferry's system. England Tir brought an appeal before the Supreme Court seeking the revocation and/or total reversal and a new examination of whether the prerequisites for an application had been met.

By way of judgment no. 23652 of 9 October 2014, the Supreme Court, in accordance with settled case authority, reiterated that an extraordinary appeal before the Supreme Court under Article 111 of the Constitution cannot be brought against urgent injunctions handed down under section 700 of the Code of Civil Procedure anticipating the effects of the judgment on the merits and therefore, where such an action has been brought, it is inadmissible.

The leading case on the question is that of the Plenary Session of no. 584 of 24 January 1995 which stated "*The judgment handed down by the court under section 669-terdecies of the Code of Civil Procedure relating to the appeal against the precautionary and interim measure have the same characteristics of impermanence and lack of finality as the injunction against which the appeal was brought as it was destined to lose effectiveness and force after the decision on the merits and unlikely to have effects from the point of view of substantive and procedural law with the authority of a judgment*

*processuale con autorità di giudicato, non è impugnabile con ricorso per cassazione a norma dell'art. 111 Costituzione”.*

La novella legislativa introdotta dalla legge n. 80/2005 all'art. 669-*octies*, secondo la quale i provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. sono stati dichiarati idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito non essendo quindi più necessario intraprendere il giudizio di merito, non modifica in alcun modo le caratteristiche del provvedimento cautelare, con la conseguenza che il ricorso straordinario ex art. 111 della Costituzione resta inammissibile.

La Corte di Cassazione, infatti, ha affermato che *“la stabilità del provvedimento cautelare anticipatorio non è idonea, proprio per la facoltà potestativa rimessa alle parti di instaurare il giudizio di merito, ad integrare il requisito della definitività, che costituisce il criterio discriminante dell'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Costituzione”.*

Pertanto, prosegue la Suprema Corte, *“l'ordinanza pronunciata in sede di reclamo, stante il suo carattere interinale e la sua mancanza di definitività, segue tale disciplina, non producendosi un'efficacia di cosa giudicata, sia dal punto di vista formale, che da quello sostanziale, posto che l'ordinanza è suscettibile di essere modificata dal giudice del merito”.*

Infatti, se è vero che è stato attenuato il vincolo di strumentalità del provvedimento cautelare rispetto al giudizio di merito, è altrettanto vero che questo vincolo di strumentalità non è venuto meno, dato che il giudizio di merito costituisce, pur sempre, la naturale, ancorché non necessaria, prosecuzione della fase cautelare.

E' del resto espressamente previsto dall'art. 669-*octies*, comma 5, c.p.c. che *“ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito”.* Ciò vuol dire che anche la parte soccombente, ovvero la parte che ha subito la misura cautelare, può iniziare il giudizio di merito.

Cosicché, nel caso di specie, England Tir avrebbe benissimo potuto iniziare il giudizio di merito ottenendo un accertamento a cognizione piena che conducesse all'eventuale declaratoria della liceità della sua condotta (anche se invero del tutto scorretta), essendo in tema di concorrenza sleale ammissibili, ed invero piuttosto frequentemente esperite, le azioni di accertamento negativo.

Per le ragioni sopra esposte, la Corte di Cassazione ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso proposto da England Tir, condannandola al pagamento delle spese di lite in favore della Trans Ferry.

*cannot be challenged by way of an appeal before the Supreme Court under Article 111 of the Constitution”.*

The legislative change made by law 80/2005 to section 669-*octies*, according to which the urgent injunction under section 700 of the Code of Civil Procedure was declared unsuitable for anticipating the effects of the trial judgment as it was therefore no longer necessary to conduct the proceedings on the merits, does not in any way alter the characteristics of the precautionary and interim measure and consequently the extraordinary appeal under Article 111 of the Constitution is inadmissible.

The Supreme Court has stated that *“the stability of the injunction is not suitable, specifically because of the power assigned to the parties to bring proceedings on the merits and to meet the requirement of definitiveness which constitutes the discriminating criterion for the admissibility of the extraordinary appeal before the Supreme Court under Article 111 of the Constitution”.*

Accordingly, the Supreme Court continues, *“the order handed down during the appeal stage in view of its temporary nature and its lack of finality, follows such rules and does not have the effectiveness of res giudicata from a formal as well as substantial point of view given that it is amenable to be amended by the trial judge”.*

Indeed, if it is true that the necessary link between the injunction and the judgment on the merits has been lessened, it is also true that this link has not disappeared given that the judgment on the merits still constitutes the natural, albeit not necessary, continuation of the of the precautionary and interim stage.

Article 669-*octies*, sub-section 5, of the Code of Civil Procedure also provides that *“each party may start the proceedings on the merits”.* This means that also the losing party, in other words the party against which the precautionary and interim measure was awarded, may start proceedings on the merits.

Therefore, in the matter under consideration, England Tir could easily have begun the proceedings on the merits and obtained a judgment based on a full knowledge of the facts leading to a possible declaration of the lawfulness of its conduct (even if it was in fact completely wrong) as actions for a negative declaration relating to unfair competition are admissible and indeed quite frequent.

On the grounds set out above the Supreme Court declared that the appeal brought by England Tir was inadmissible and ordered it to pay legal costs to Trans Ferry.

## 10. Il Tribunale di Torino ha concesso la tutela cautelare anticipatoria del diritto d'autore ad un art director, ex dipendente di una nota agenzia pubblicitaria, al quale quest'ultima non aveva riconosciuto la paternità dell'idea creativa del pluripremiato spot pubblicitario noto come "Fiat 500 Cult Yacht".

Il Tribunale di Torino, con ordinanza del 10 novembre 2014, aveva respinto il ricorso cautelare presentato da R.P., *art director* per sette anni dell'agenzia pubblicitaria Leo Burnett Company S.r.l. ("**L.B.C.**") per difetto del *fumus boni iuris*, escludendo che "l'apporto allo spot pubblicitario si sia concretato in un'opera tutelabile ai sensi della legge sui diritti d'autore".

Avverso tale provvedimento R.P. agiva in giudizio per l'accertamento della qualità di autore o, in subordine, di co-autore dello spot pubblicitario noto come "Fiat 500 Cult Yacht" ("**spot**"), sostenendo che l'idea creativa dello spot era stata da lui estrinsecata in una breve narrazione (*script*) ed esposta nel corso di una riunione con altri dipendenti della società, nonché successivamente ripresa e rielaborata da quest'ultimi per realizzare lo stesso quando egli ormai si trovava in cassa integrazione. Lo spot, peraltro, aveva ottenuto come riconoscimento il Leone di Bronzo alla manifestazione del Festival di Cannes e il primo premio al Festival italiano dell'Art Directors Club Italiano.

Pertanto, R.P. chiedeva al Tribunale con provvedimento d'urgenza di ordinare a L.B.C.:

- (i) di rettificare presso l'organizzazione del Festival di Cannes, indicando il ricorrente quale autore o co-autore e chiedendo l'attribuzione dei relativi riconoscimenti;
- (ii) di procedere ad analogha rettifica presso ogni altra organizzazione presso cui lo spot abbia concorso;
- (iii) di informare di tali rettifiche il proprio personale interno e la committente dello spot, la società Fiat Group Automobiles.

Le parti del giudizio hanno discusso sulla questione se lo *script* di uno spot pubblicitario possa costituire una concreta espressione creativa tale da far riconoscere il suo autore come autore dello stesso spot.

Con l'ordinanza del 31 marzo 2015, il Tribunale di Torino, ha precisato che il filmato pubblicitario può ben essere considerato

## 10. The Court of Turin has granted precautionary protection of copyright to an art director, a former employee of a well-known advertising agency, which had refused to recognise his paternity of the creative idea behind the award winning advertisement known as "Fiat 500 Cult Yacht".

By way of an order of 10 November 2014 the Court of Turin dismissed the application submitted by R.P., an art director for seven years at the advertising agency Leo Burnett Company S.r.l. ("**L.B.C.**"), due to the lack of *fumus boni iuris*, excluding that "contribution to the advertisement was made in a work protectable under copyright law".

R.P. issued proceedings seeking a ruling that he was the author or, on a subordinate basis, co-author of the advertisement known as "Fiat 500 Cult Yacht" ("**spot**"). He submitted that he had come up with the creative idea of the advertisement in a brief script and presented it in a meeting with other employees of the company. It was subsequently filmed and re-elaborated by the latter when he had been made redundant. The advertisement won the Cannes Lion and the first prize at the Italian Art Directors Club.

Accordingly, R.P. sought from the Court an urgent injunction ordering L.B.C. to:

- (i) rectify the matter with the organisers of the Cannes Festival and state that the applicant is author or co-author and seek attribution of paternity;
- (ii) rectify the matter with every other festival at which the advertisement competed;
- (iii) inform its internal staff and the principal of the advertisement, Fiat Group Automobiles, of the rectification.

The parties to the proceedings discussed on the fact that the script of an advertisement constitutes a concrete creative expression and consequently the author must be recognised as the author of the advertisement.

By way of the order of 31 March 2015, the Court of Turin pointed out that the advertising film can be considered a "protected work" and can be an advertisement characterised by an innovative idea. The making of an advertising film is a complex work which unites visual and sound elements and for

come “*opera protetta*”, può trattarsi infatti di pubblicità caratterizzata da un’idea innovativa. La realizzazione di uno spot è un’opera complessa, che unisce elementi visivi e sonori, e per questa ragione un momento di fondamentale importanza nel processo creativo dello spot è la sua progettazione.

Pertanto, il Tribunale ha osservato che l’oggetto del contendere non vertesse sulla tutelabilità dello *script* come opera, ma piuttosto sul fatto che il contributo dato dal reclamante con lo *script* per il modo in cui era stato divulgato da L.B.C., per i suoi contenuti e per la sua relazione con lo spot finale, lo qualificasse come autore morale dello spot pubblicitario.

È innegabile secondo la ricostruzione emersa nel corso del giudizio che l’idea guida che ha caratterizzato il messaggio pubblicitario contenuto nello spot fosse da attribuirsi al reclamante, dato che senza quel contributo ben difficilmente lo spot avrebbe potuto realizzarsi.

D’altra parte, gli stessi presunti autori dello spot pubblicitario avevano riconosciuto di aver lavorato su un’idea del soggetto ricorrente; inoltre, emergeva dagli atti di causa come si trattasse ben più di una mera idea condivisa con i colleghi, ma esisteva una progettazione compiuta dello spot, contenuta su di un supporto cartaceo, lo *script* appunto, che era presente in azienda e che avrebbe potuto così essere riutilizzato dai dipendenti che vi avevano lavorato, e che sono stati poi riconosciuti autori della pubblicità.

Dunque, alla luce degli elementi presentati nel corso del giudizio, il Tribunale ha ritenuto che la domanda di R.P. volta al riconoscimento come autore morale dello spot e ad ottenere il risarcimento per la lesione di questo suo diritto fosse assistita da ragionevole *fumus* di fondatezza. Ha affermato, inoltre, che la mancata menzione del ricorrente come co-autore dello spot pubblicitario fosse suscettibile di arrecare nocumento grave ed irreparabile alla sua “*vita professionale*” intesa come possibilità di trovare lavoro e di spendere la propria professionalità.

In conclusione, il Tribunale ha affermato l’esistenza dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* e ha, pertanto, concesso la tutela cautelare anticipatoria del diritto d’autore a R.P., che può essere ottenuta attraverso la rettifica, da parte della società L.B.C., di ogni precedente comunicazione, dando evidenza dell’effettiva paternità dello spot pubblicitario al ricorrente con la relativa attribuzione dei relativi *credits* in suo favore.

this reason its conception is a factor of fundamental importance in the creative process of the advertisement.

Therefore, the Court deemed that the question did not hinge upon the protectability of the script as a work but rather on the way in which the complainant’s contribution through the script had been disseminated by L.B.C., for its contents and the relation with the spot, qualified him as moral author of the advertisement.

It is undeniable, according to the reconstruction made in the proceedings, that the guiding idea which characterised the advertising message contained in the advertisement was to be attributed to the applicant given that without his contribution it would have been difficult for the advertisement to have been created.

On the other hand, the supposed authors of the advertisement had recognised that they had worked on an idea of the applicant. Indeed, it emerged from the files in the proceedings that it was much more than a mere idea shared with colleagues but that there existed a detailed plan for the advertisement on paper. In other words the script present at the company could be reused by the employees who worked there and who were then recognised as the authors of the advertisement.

Accordingly, in light of the evidence submitted the Court took the view that the R.P.’s application seeking recognition as moral author of the spot and compensation for damage to this right was accompanied by reasonable *fumus*. It also took the view that the failure to mention the applicant as co-author of the advertisement was likely to cause irreparable damage to his “*professional life*”, in other words the possibility of finding work and making use his professionalism.

In conclusion, the Court found *fumus boni iuris* and *periculum in mora* and accordingly granted precautionary protection of copyright to R.P., which can be obtained through rectification by L.B.C. of every single previous communication, pointing out that the applicant has paternity over the advertisement and by attributing to him the relevant credit.

## 11. La Cassazione, chiamata a pronunciarsi in un giudizio instaurato tra Fondiaria Sai e l’Agenzia delle Entrate, ha affermato il principio per il quale la spesa corrispondente alla sanzione antitrust è indeducibile dal reddito imprenditoriale per mancanza del requisito di inerenza.

Con sentenza del 22 maggio 2015, n. 10590, i giudici della Sezione Tributaria della Corte di Cassazione hanno rigettato il ricorso proposto da Fondiaria Sai S.p.A. (“**Fondiaria**” o “**Società**”) avverso la sentenza n. 15/16/09 della Commissione Tributaria Provinciale (“**CTP**”) Toscana, con la quale, in conferma della pronuncia di primo grado, aveva negato tacitamente il rimborso preteso da Fondiaria della somma corrisposta a titolo di sanzione comminata dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“**AGCM**”), in seguito all’accertamento di un’intesa orizzontale in violazione dell’art. 2 della Legge n. 287/1990.

La CTP aveva motivato il rigetto del ricorso “*sul presupposto dell’assenza di nesso eziologico tra ricavi conseguiti e sanzione pecuniaria irrogata, per cui la spesa corrispondente alla sanzione, non essendo funzionale alla produzione del reddito d’impresa, resta indeducibile*”.

Fondiaria ha, quindi, esperito ricorso per cassazione con due motivi:

- (i) con il primo, ha dedotto la violazione e falsa applicazione della normativa sui componenti del reddito d’impresa (art. 109 TUIR), sostenendo la deducibilità della sanzione *antitrust* in quanto collegata al concetto economico di reddito e rilevando, per converso, che la indeducibilità della sanzione ne aggraverebbe la portata punitiva, in violazione del principio di legalità;
- (ii) con il secondo motivo, ha censurato l’omessa pronuncia sulla peculiare natura dei comportamenti puniti con la sanzione *antitrust*.

L’Agenzia delle Entrate, controparte nel giudizio, ha eccepito che non sussiste alcun collegamento fra effettivi ricavi e pratica anticoncorrenziale, per cui non possono essere riconosciuti oneri che l’impresa ha sostenuto in conseguenza di un comportamento valutato come antigiusuriero, determinandosi, altrimenti, un’attenuazione del carattere afflittivo della sanzione.

La Corte di legittimità ha ritenuto non meritevoli di accoglimento entrambi i motivi del ricorso.

## 11. The Supreme Court handed down its judgment in proceedings involving Fondiaria Sai and the Agenzia delle Entrate and it affirmed the principle that the expense corresponding to the Competition Authority fine cannot be deducted from the business income because it did not meet the requirement of relevance.

By way of the judgment of 22 May 2015, no. 10590, the judges of the Tax Section of the Supreme Court dismissed the appeal brought by Fondiaria Sai S.p.A. (“**Fondiaria**” or the “**Company**”) against judgment no. 15/16/09 of the Tuscany Provincial Tax Commission (“**TPTC**”) which upheld the trial judgment and tacitly refused the repayment claimed by Fondiaria of the sum paid as a fine imposed by the Italian Competition Authority (the “**ICA**”) after it found a horizontal agreement in breach of art. 2 of Law no. 287/1990.

The TPTC explained it had dismissed the appeal “*because there was no causal link between the earnings obtained and the fine imposed. Consequently, the expense corresponding to the fine cannot be deducted as it is not related to the generation of income*”.

Fondiaria brought an appeal before the Supreme Court on two grounds:

- (i) firstly, it argued there was a breach and false application of the rules on the component elements of the business income (art. 109 of the Consolidated Income Tax Law) and maintained that the fine should be deducted as it is linked to the economic concept of income and asserted, conversely, that not being able to deduct the fine as an expense would mitigate the punishment and breach the principle of legality;
- (ii) secondly, it criticised the failure to rule on the peculiar nature of the behaviour punished by the ICA’s fine

The *Agenzia delle Entrate*, the counterparty in the proceedings, submitted that there was no link between the earnings and the anti-competitive practice. Accordingly, no recognition can be given to costs that the undertaking has incurred as a result of behaviour deemed to be unlawful as this would mitigate the punishment.

The Supreme Court took the view that the two grounds for appeal should be dismissed.

Con particolare riferimento al motivo *sub (i)*, ha rilevato che la sanzione pecuniaria irrogata dall'AGCM in materia di tutela della concorrenza e del mercato, derivando da un'attività illecita che si pone come autonoma ed esterna rispetto all'esercizio dell'impresa, non può qualificarsi come fattore produttivo. Inoltre, contrariamente a quanto dedotto dalla Società, non è ammissibile considerare quale costo deducibile la somma corrisposta come sanzione poiché, se si ammettesse ciò, verrebbe neutralizzata la *ratio* punitiva di quest'ultima e si determinerebbe un risparmio d'imposta del tutto ingiustificato e contrario al principio di legalità. Infine, in merito alla prospettata distinzione operata da Fondiaria fra comportamenti "*anomali rispetto alla normalità imprenditoriale*", come quelli sanzionati penalmente, e comportamenti "*che non possono considerarsi socialmente riprovevoli*", quali quelli sanzionati in via amministrativa, la Cassazione ha ritenuto che non vale a fondare la deducibilità delle sanzioni comminate per i secondi comportamenti. Ciò in ragione del fatto che "*un comportamento sanzionato in via amministrativa – come quello in esame – è comunque riprovevole in quanto contra legem e, in ogni caso, come tale non può essere fiscalmente premiato*".

Per quanto riguarda il motivo *sub (ii)*, la Corte ha affermato in maniera perentoria che "*la sanzione – penale o amministrativa – denota la illiceità del comportamento: e tanto basta ad escluderne la deducibilità*". Secondo la Corte, la finalità di deterrenza della sanzione sarebbe inevitabilmente indebolita se si consentisse di considerarla alla stregua degli altri oneri, facendola rientrare nella normale analisi costi/benefici che ogni azienda è tenuta a svolgere, con la conseguenza "*abnorme*" che una spesa dovuta per una condotta vietata si trasformi in un risparmio d'imposta.

Alla luce delle illustrate argomentazioni, la Cassazione, in conformità alla propria giurisprudenza sul tema<sup>1</sup>, ha stabilito che le sanzioni pecuniarie comminate dall'AGCM per violazioni del diritto *antitrust* sono indeducibili dal reddito d'impresa per mancanza del nesso di inerenza tra le prime e il secondo. Infatti, secondo la Corte, "*l'illecito spezza, in ogni caso, il nesso di inerenza*", atteso che il costo per sostenere la sanzione non trae origine dall'impresa, ma da un atto o fatto antiggiuridico, che per sua natura si pone al di là della sfera aziendale.

With particular reference to the ground under (i), the Court held that the fine issued by the ICA in relation to the safeguarding of competition and the market, as it arises from an unlawful activity which is independent and extraneous to the business, cannot be qualified as a productive factor. Further, contrary to the submissions of the Company, it is inadmissible to consider the sum paid as a fine as a deduction because, were it to be admitted, the rationale for the punishment would be removed and would represent a tax saving that would be completely unjustified and contrary to the principle of legality. Finally, the Supreme Court took the view that the supposed distinction made by Fondiaria between behaviour "*anomalous in respect of business normality*", such as those punished by the criminal law and behaviour "*which cannot be considered socially reproachable*", such as those punished by administrative fines cannot justify deducting the cost of the fines. This is due to the fact that "*a behaviour punished by way of an administrative fine – such as the one under consideration – is in any case reproachable as it is contrary to the law and in any case cannot be rewarded fiscally*".

As regards the ground under (ii), the Court held that "*the criminal or administrative sanction indicates that the behaviour is unlawful and that suffices to exclude deductibility*". According to the Court, the purpose of deterrence would inevitably be weakened if the fine were to be considered as an expense and allowed to fall within the scope of cost/benefit analysis that every company is required to conduct. This would lead to the "*abnormal*" consequence that an expense arising from a prohibited behaviour is transformed into a business saving.

In light of these arguments, the Supreme Court, in accordance with its case authority on the question<sup>1</sup>, laid down that the fines imposed by the ICA for breaches of competition law cannot be deducted from business income due to lack of any correlation between the former and the latter. This is because, according to the Court, "*the wrongdoing in any case severs the correlation*" as the cost of bearing the cost of the fine does not derive from the undertaking but from unlawful act or fact which by definition lies outside the company's sphere.

<sup>1</sup> Da ultimo, Cassazione Civile, Sezione Tributaria, 26 ottobre 2012, n. 18368.

<sup>1</sup> Finally, Supreme Court, Civil Division, Tax Section, 26 October 2012, no. 18368.

## 12. Il Tribunale di Milano ha ritenuto che integrasse una condotta di concorrenza sleale la predisposizione e l'utilizzazione sul territorio nazionale dell'App denominata "UBER POP".

La società TAXIBLU s.c., unitamente ad alcuni operatori, società, sindacati e associazioni di categoria attive nel servizio di radio taxi ("ricorrenti") depositavano avanti al Tribunale di Milano ricorso ex art. 700 c.p.c. chiedendo di inibire alle società del Gruppo Uber l'utilizzo del servizio *UBER POP* con conseguente blocco ed oscuramento del sito *internet* e dell'applicazione informatica.

Secondo le ricorrenti, il Gruppo Uber avrebbe offerto un servizio del tutto equiparabile a quello di un radio taxi attraverso *UBER POP*, applicazione *on-line* facilmente fruibile dall'utente mediante installazione sullo *smartphone*. In particolare, si tratterebbe di un servizio di taxi abusivo, attesa la violazione di tutte le regole di natura pubblicitaria che disciplinano il settore o comunque l'utilizzo di mezzi non conformi ai principi di correttezza professionale. Tali attività andrebbero qualificate alla stregua di condotte di concorrenza sleale ex art. 2598 n. 3 c.c., posto che la violazione delle predette norme consentirebbe al Gruppo Uber di acquisire un vantaggio concorrenziale, consistente nella possibilità per gli autisti aderenti al servizio di non sostenere determinati costi, indispensabili per fornire regolarmente il servizio taxi, e conseguentemente di offrire, nello stesso mercato in cui agiscono i ricorrenti, il medesimo servizio a prezzi, tuttavia, notevolmente inferiori rispetto alle tariffe praticate dagli operatori del servizio pubblico.

Il Gruppo Uber si difendeva contestando che *UBER POP* potesse ritenersi un servizio di trasporto taxi, in quanto si tratterebbe piuttosto di un'applicazione informatica che serve a favorire forme di trasporto condiviso realizzate direttamente dagli utenti, differenziandosi dal servizio "di piazza" offerto dai tassisti. I guidatori di *UBER POP* condividerebbero volontariamente con gli utenti il tragitto, potendo non accettare la richiesta in arrivo, mentre i taxi offrirebbero un servizio pubblico e senza possibilità di rifiutare la prestazione. Inoltre, gli autisti dell'App otterrebbero un mero rimborso delle spese di viaggio e dei costi relativi al veicolo definito sempre attraverso la piattaforma, mentre i tassisti verrebbero remunerati a titolo di corrispettivo mediante tariffe amministrative.

Con ordinanza del 25 maggio 2015, il Tribunale di Milano ha ritenuto invece che il servizio offerto da *UBER POP* fosse da

## 12. The Court of Milan has found that the preparation and use in Italy of the App called UBER POP constitutes unfair competition.

TAXIBLU s.c., together with a number of operators, companies, trade unions and organisations in the sector providing radio taxi services (the "applicants") filed before the Court of Milan an application under section 700 of the Code of Civil Procedure seeking an injunction enjoining the companies of Uber Group from using the *UBER POP* service and the blocking or shutdown of the internet website and the IT application.

According to the applicants, the Uber Group offered a service comparable to that offered by radio taxi on *UBER POP*, a user friendly on-line application that can be installed on smart phones. In particular, the service was an unlawful taxi service due to the breach of all the advertising rules regulating the sector and in any case the use of devices that do not comply with principles of professional propriety. These activities should be qualified as unlawful competition under section 2598 no. 3 of the Civil Code given that the breach of the aforementioned rules would allow Uber Group to gain a competitive advantage consisting of the possibility for drivers using the service not to incur certain essential costs for the provision of the taxi service and consequently to offer rides, on the applicants' market, at prices significantly lower than the prices applied by the operator of the public service.

The Uber Group argued that *UBER POP* cannot be deemed a taxi service as it is an IT application which favours ride sharing by users and is therefore different from the normal taxi service offered by taxi drivers. The *UBER POP* drivers voluntarily share the journey with the users and do not have to accept the incoming request whilst taxi drivers offer a public service without the possibility to refuse service. Furthermore, App drivers simply obtain a reimbursement of their travelling costs and the costs relating to the vehicle which are always defined through the platform, whilst the taxi drivers are remunerated through the system of fares applied.

By way of the order of 25 May 2015, the Court of Milan took the view, however, that in the absence of an authorisation "a use....of the vehicle....provided for consideration in the interests of persons other than the holder of the vehicle registration certificate" the service *UBER POP* must be considered forbidden as public transport services which do not run at regular times (including taxi services) are governed by specific legislation which imposes, amongst other things,

considerarsi vietato, in assenza di un titolo autorizzativo “*un uso...del veicolo...prestato, dietro corrispettivo, nell'interesse di persone diverse dall'intestatario della carta di circolazione*”, in quanto il settore degli autoservizi pubblici non di linea (tra i quali rientrano i servizi taxi) risulta disciplinato da un'apposita normativa che prescrive *inter alia* l'obbligo di acquisire una licenza amministrativa e l'iscrizione in un apposito albo provinciale.

Il Tribunale ha osservato che l'attività svolta dalle società resistenti fosse effettivamente interferente con il servizio taxi e quindi idonea ad offrire un'alternativa più economica a tale servizio. Ciò anche in considerazione del meccanismo di compenso per gli autisti del servizio censurato che, per i concreti metodi di quantificazione adottati, non poteva in alcun modo essere paragonato ad un normale rimborso spese; nonché, della natura di servizio rivolto ad un pubblico indifferenziato (la cui procedura di iscrizione è stata ritenuta finalizzata unicamente al pagamento e non quale barriera di accesso al servizio).

Il Tribunale ha, inoltre, ritenuto irrilevante la qualifica di mera applicazione software di *UBER POP* in ragione del fatto che i servizi offerti tramite la stessa dovevano invece considerarsi tali da “*oltrepassare l'ambito di operatività di un mero intermediario*” e, in ogni caso, diretti a consentire “*comportamenti non consentiti dalla legislazione nazionale*” apportando al servizio “*un contributo essenziale e insostituibile...idone(o) a incidere sul mercato in danno dei soggetti ricorrenti e dalle quali le stesse resistenti traggono diretti benefici economici*”.

Il Tribunale ha considerato, altresì, provato il requisito del *periculum in mora* necessario per la concessione del richiesto provvedimento cautelare, il quale veniva individuato sia nella “*rapida evoluzione*” del servizio e nella programmazione di “*un'imminente ulteriore estensione ad altre città italiane*”, sia nella concomitanza con la manifestazione “*Expo 2015*”.

Pertanto, il Tribunale ha concluso che la mancanza di titoli autorizzativi e l'operatività degli autisti di *UBER POP* al di fuori degli oneri imposti dal regime amministrato dell'attività comportavano un effettivo vantaggio concorrenziale in capo al Gruppo Uber che concorrevano nel loro insieme a definire un comportamento non conforme ai principi di correttezza professionale ed idoneo a determinare uno sviamento di clientela indebito, inibendo, di conseguenza, l'utilizzo dell'App sul territorio nazionale e comunque la prestazione del servizio. Il Tribunale ha disposto, altresì, la pubblicazione del dispositivo del provvedimento per trenta giorni sulla *home page* del sito *www.uber.com* nella sezione dedicata al territorio italiano e una penale per ogni giorno di ritardo nell'attuazione dell'inibitoria.

the obligation to obtain an administrative licence and registration with a provincial organisation.

The Court took the view that the service provided by the defendant companies did indeed interfere with the taxi service and therefore was likely to offer a more economic alternative to such service, in other words meet the same need to move from one place to another but at a lower price. This is due to the mechanism of remuneration for the drivers of the disputed service which, because of the concrete methods of quantification adopted, could not in any way be compared to a normal repayment of expenses; on the other hand, the nature of the service aimed at the general public (the registration procedure of which was deemed to be aimed solely at payment and not as a barrier to access to the service).

The Court also deemed irrelevant the qualification of *UBER POP* as a mere application software due to the fact that the services offered should be considered as “*going beyond the scope of operations as a mere intermediary*” and in any case were aimed at allowing the “*behaviours not allowed by the national legislation*” which made “*an essential and irreplaceable contribution to the service...likely to impact the market to the detriment of the defendants and from which the defendants gained direct financial economic benefits*”.

The Court also held that the prerequisite of *periculum in mora* for the granting of the order had been met. This was the “*rapid evolution*” of the service and the planning of an “*imminent further extension to other Italian cities, also involving “Expo 2015”*”.

Accordingly, the Court held that the lack of authorisations and the operations of *UBER POP* drivers outside the scope of the taxi regime gave an economic advantage to the Uber Group which together constituted a behaviour not compliant with the principles of professional propriety likely to lead to the unlawful poaching of clients, and forbids the use of the App in Italy and, in any case, the service. The Court also ordered the publication of the content of the court order for thirty days on the home page of the website *www.uber.com* in the section dedicated to Italy and a fine for every day of delay in complying with the order.

# Worldwide contact information

## 36\* offices in 26 countries

### Abu Dhabi

Clifford Chance  
9th Floor, Al Sila Tower  
Abu Dhabi Global Market  
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  
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  
27th 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 Zhlyanska 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  
1 Rue d'Astorg  
CS 60058  
75377 Paris Cedex 08  
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 15º andar  
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.