

ITALIAN CONFERENCE **VI** CONVEGNO NAZIONALE

AAI
ASSOCIAZIONE ANTITRUST
ITALIANA



**I PRINCIPALI SVILUPPI
NEL DIRITTO DELLA
CONCORRENZA DELL'UNIONE
EUROPEA E NAZIONALE**

*MAIN DEVELOPMENTS
IN EUROPEAN AND ITALIAN
COMPETITION LAW*

Benchmarking e scambio di informazioni
Introduzione

Roma, 21 ottobre 2021

Avv. Francesco Anglani

Dal benchmarking allo scambio di informazioni

- **Benchmarking**: analisi, da parte di un'impresa, dell'offerta e della proposizione commerciale di uno o più concorrenti, finalizzata a migliorare la propria *performance* sul mercato.
- L'attività di *benchmarking*, se svolta **unilateralmente**, ha tipicamente una funzione pro-concorrenziale e, comunque, non può essere considerata illecita sotto il profilo *antitrust* (CGUE, caso *Woodpulp*: «l'art. 85 del Trattato, mentre vieta qualsiasi forma di collusione atta a falsare il gioco della concorrenza, non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti»).
- Se svolta **tramite uno scambio di informazioni** diretto o indiretto tra concorrenti, può a determinate condizioni assumere valenza anti-concorrenziale.
- Il *benchmarking* è dunque soggetto al medesimo schema di analisi dello scambio di informazioni, che richiede innanzitutto di distinguere tra:
 - scambi di informazioni **ancillari** a monitorare la tenuta di un accordo restrittivo della concorrenza, da ritenersi tipicamente illeciti; e
 - scambi di informazioni **autonomi**, suscettibili di assumere valenza anticoncorrenziale nel caso in cui aumentino la trasparenza del mercato e portino così ad un coordinamento tacito tra concorrenti.

Gli scambi di informazioni autonomi – quadro di analisi

- La Corte di Giustizia (*e.g.* caso *Asnef-Equifax*) e le Linee Guida della Commissione Europea («**Linee Guida**») chiariscono che la compatibilità di tali scambi con la normativa *antitrust* deve essere valutata alla luce delle **caratteristiche del mercato** in cui si innestano e della **natura dei dati scambiati**.
- Secondo le Linee Guida, uno scambio può più verosimilmente portare ad un coordinamento tacito se avviene su un **mercato concentrato, trasparente, stabile e simmetrico**.
- Quanto alla **natura dei dati scambiati**, le Linee Guida considerano particolarmente sensibili le informazioni:
 - strategiche (*e.g.* prezzi, costi di produzione, quantità, ecc.);
 - che coprono una parte sufficientemente ampia del mercato;
 - che non sono sufficientemente aggregate;
 - su comportamenti futuri o, comunque, indicative del comportamento futuro;
 - scambiate frequentemente; e
 - non effettivamente pubbliche.
- Sulla carta tutto chiaro, ma spesso tali parametri non sono stati interpretati uniformemente da autorità di concorrenza, giudici e imprese e richiedono una **revisione**.

Il processo di revisione delle Linee Guida

- Lo *Staff Working Document* della Commissione Europea sulla revisione delle Linee Guida sugli accordi di cooperazione orizzontale indica infatti che:
 - «*The evidence gathered in the evaluation suggest that Chapter 2 of the Horizontal Guidelines, that deals with the information exchange, in general does not fully meet the objective of providing **legal certainty***»;
 - «*The chapter on information sharing **does not provide sufficient guidance** on information exchange in new business models that have developed as a consequence of **digitalization***»;
 - diverse autorità di concorrenza nazionali hanno chiesto alla Commissione Europea di fornire maggiori indicazioni sulla «***definizione di informazioni effettivamente pubbliche***».

Le informazioni pubbliche - Il criterio del costo

- Le **Linee Guida** e la **prassi applicativa nazionale** sembrano uniformi nel ritenere che, seppur pubblicamente disponibile, un'informazione non è da considerarsi effettivamente pubblica, se presenta **un costo** di acquisizione.
 - **Linee Guida:** «anche se i dati scambiati sono, secondo una accezione corrente di dominio pubblico, non si tratta di dati effettivamente pubblici se i costi necessari per raccogliarli scoraggiano altre imprese ed altri clienti dall'agire in tal senso»;
 - **AGCM nel caso IAMA (2004):** non possono considerarsi effettivamente pubbliche le informazioni che non siano «immediatamente accessibili senza oneri e realmente utilizzabili a chiunque sia interessato ad acquisirle»;
 - **Consiglio di Stato nel caso Iama (2010):** «la pretesa natura "pubblica" dei dati scambiati non è idonea a rendere irrilevante una intesa [...] volta a scambiare [...] informazioni sensibili altrimenti reperibili sul mercato solo con costi aggiuntivi e con maggiori margini di incertezza».
- Ma è davvero corretto ritenere non pubblico (e, dunque, sensibile in una prospettiva *antitrust*) un dato solo perché ha «**un costo**» di acquisizione? ➡ Se così fosse, **tutti** gli scambi di informazioni tra concorrenti riguarderebbero dati sensibili. Come chiarisce il **TAR Lazio nel caso IAMA:** «non esistono, di massima, dei dati di mercato 'immediatamente accessibili senza oneri da chiunque', e, se vi fossero, essi non potrebbero formare materia di scambio. Qualsiasi attività di raccolta di dati, invero, comporta dei costi e richiede dei tempi tecnici».
- E a **quale capacità di spesa** parametrare tale costo? Alla capacità di acquisto del singolo consumatore? Al fatturato delle imprese che partecipano allo scambio? Al ritorno atteso dall'investimento? Ai costi di altre ricerche reperibili sul mercato? Ai costi per la raccolta interna di tali dati (dipendenti, acquisto di *software*, ecc.)?

Le informazioni pubbliche - Il criterio della elaborazione del dato

- La **giurisprudenza** è sempre stata unanime nel ritenere non effettivamente pubbliche le informazioni scambiate tra concorrenti sulla base del presupposto che le stesse non erano reperibili autonomamente con lo stesso livello di organizzazione, immediatezza e affidabilità: «perché *quei dati [...] non erano facilmente rinvenibili sul mercato nelle stesse forme e con le stesse modalità consentite dalla condivisione del data-base in questione e cioè in modo completo, aggregato, periodico e comparato*» (Consiglio di Stato, 2010, in lama Consulting I-575 e, nello stesso senso, Consiglio di Stato, 2002, in RC Auto-I377).
- Ad oggi **è ancora possibile** ritenere non pubblici dati scambiati tra concorrenti per il solo fatto che siano elaborati, periodici e aggiornati in tempo reale? Siamo davvero sicuri che il paradigma elaborato dal Consiglio di Stato un decennio fa nella sentenza lama (e oltre 20 anni fa nel caso RC Auto) non richieda un aggiornamento?
- Soprattutto negli ultimi anni, il proliferare di *software di monitoraggio, scraper, algoritmi, marketplaces* e altri *tool* tecnologici ha **profondamente incrementato la trasparenza dei mercati** e, dunque, la capacità delle imprese di reperire informazioni dettagliate, attendibili e «in tempo reale» sulla proposizione commerciale dei propri concorrenti.
- Nell'**indagine conoscitiva sui Big Data** l'AGCM ha inoltre rilevato che gli algoritmi sono in grado di «*monitorare in tempo reale i mercati e di [...] agevolare fenomeni collusivi, più o meno taciti*».
- E **quali sono i criteri** cui le società che forniscono algoritmi e altri servizi di monitoraggio e le società che ne usufruiscono devono attenersi al fine di non incorrere in rischi *antitrust*? Differenziazione degli algoritmi, confidenzialità dei clienti che ne fanno uso, altro?

Il Gruppo di Lavoro AAI

- Molta strada appare ancora da fare per ottenere dei parametri di interpretazione certi ed attuali con riferimento ad un fenomeno che – anche grazie all’evoluzione tecnologica – è destinato a svilupparsi sempre più.
- Si invita pertanto chiunque sia interessato a contribuire a presentare osservazioni e spunti utili al GDL della AAI dedicato alla Riforma degli Accordi Orizzontali.