

CHIARA GARILLI

DECISIONI CON IMPEGNI, MISURE
CAUTELARI E PROGRAMMI DI CLEMENZA
(ANNO 2012)



giuffrè editore - 2013

Estratto dal volume:

**CONCORRENZA E MERCATO
2013**

antitrust, regulation, consumer welfare, intellectual property

DECISIONI CON IMPEGNI, MISURE CAUTELARI E PROGRAMMI DI CLEMENZA (ANNO 2012)

di Chiara Garilli (*)

Abstract

Le decisioni con impegni, le misure cautelari e i programmi di clemenza costituiscono strumenti innovativi ed efficienti di cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) è stata dotata, a far data dal 2006, nella repressione delle intese e degli abusi di posizione dominante. La dottrina italiana ha sottolineato come, fino al 2011, la prassi decisionale dell'Agcm sia stata caratterizzata da un eccessivo ed irragionevole ricorso alle decisioni con impegni, a fronte di una limitata adozione di misure cautelari e di un sostanziale insuccesso dei programmi di clemenza. Nell'arco di tempo preso in considerazione dalla presente rassegna — l'anno 2012 —, l'Agcm non ha mai ritenuto opportuna l'adozione di misure cautelari, né è stato attivato alcun programma di clemenza, così confermando il *trend* negativo degli anni precedenti. Un'inversione di tendenza ha, invece, caratterizzato l'azione dell'Agcm in relazione ai provvedimenti di accoglimento di impegni: questi ultimi, oltre ad essere numericamente inferiori rispetto a quanto registrato in passato, sono concepiti — alla luce della recente Comunicazione relativa all'applicazione dell'art. 14-ter l. n. 287/1990 — alla stregua di strumenti eccezionali e limitati alle infrazioni meno gravi e non sanzionabili, allo scopo di realizzare efficienti economie procedurali. Il presente articolo tiene conto, altresì, delle proposte di modifica all'attuale disciplina della *leniency* presentate dall'Agcm nel corso del 2012, al fine di rendere più appetibile per le imprese l'accesso ai programmi di clemenza.

Commitment decisions, interim measures and leniency programmes are innovative and efficient instruments granted to the National Competition Authority (*i.e.* Autorità garante della concorrenza e del mercato, Agcm) since 2006 to prevent abuses of dominance and anticompetitive agreements. In this respect, Italian scholars have pointed out that until 2011 the NCA's case law consisted in a large and unreasonable use of commitment decisions; especially, in comparison with a very few cases of interim measures and leniency procedures. Confirming the previous negative tendency, during the time covered by these notes (2012), the NCA has never adopted interim measures and no leniency proceeding has been activated. On the contrary, the year 2012 showed a new NCA approach towards commitment decisions. In fact, their number decreased and they should be considered — in light of the new Communication on the application

(*) Ricercatore di diritto commerciale dell'Università degli Studi di Palermo.

of article 14-ter, l. n. 287/1990, adopted in 2012 — as exceptional measures in order to increase efficiency and effectiveness in the NCA's action. In this perspective, commitment decisions are not appropriate in hard core restrictions cases and when the NCA intends to set a fine. The article analyzes also the recent draft of amendments to the article 15, co. 2, l. n. 287/1990, proposed by the NCA in order to make more attractive the Italian leniency programme.

Parole chiave:

Impegni, misure cautelari, programmi di clemenza, abuso di posizione dominante, intesa.

Classificazione JEL:

K21 — Antitrust Law; K23 — Regulated Industries and Administrative Law

SOMMARIO: 1. Recenti tendenze in relazione all'utilizzo da parte dell'Autorità degli strumenti del c.d. pacchetto Bersani. — 2. La nuova comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter della l. n. 287/1990. — 3. I procedimenti conclusi con l'accettazione di impegni. — 3.1. Il caso *Selecta/Poste Italiane* e il rischio di deriva regolatoria. — 3.2. Il caso *Telecom Italia* — *Gare affidamento servizi telefonia fissa e connettività*: ancora sui flussi informativi di mercato. — 3.3. Il caso *Mercato Italiano dell'approvvigionamento all'ingrosso del gas naturale*: l'accoglimento di impegni nel settore dell'energia ed il raccordo con l'AEEG. — 4. Il rigetto degli impegni. — 4.1. Il rigetto degli impegni a fronte di ipotizzati abusi di posizione dominante. — 4.2. Gli impegni e le intese anticoncorrenziali. — 5. Inottemperanza agli impegni e modifiche accessorie agli stessi. — 6. I programmi di clemenza: il caso *Servizi di agenzia marittima* (cenni); le proposte dell'Autorità per la modifica dell'art. 15, comma 2, l. n. 287/90.

1. Recenti tendenze in relazione all'utilizzo da parte dell'Autorità degli strumenti del c.d. pacchetto Bersani.

Con la presente rassegna ci si propone l'obiettivo d'indagare i provvedimenti assunti dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (qui di seguito, « Agcm » o « Autorità ») nel corso dell'anno 2012 caratterizzati dal ricorso agli strumenti recepiti nell'ordinamento italiano tramite il cd. pacchetto Bersani ⁽¹⁾. Impegni, misure cautelari e programmi di clemenza rappresentano probabilmente gli aspetti più innovativi, dal punto di vista procedimentale e sostanziale, del diritto *antitrust* degli ultimi anni, costituendo, peraltro, significativa espressione di una concezione pragmatica e flessibile dell'azione dell'Agcm, sempre più legata ad una, seppur lata, componente regolatoria ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Come è noto, i nuovi strumenti d'azione dell'Agcm sono stati introdotti dall'art. 14 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (cd. decreto Bersani), convertito con la l. 4 agosto 2006, n. 248, all'esito di un processo di convergenza della legislazione *antitrust* nazionale verso il sistema comunitario « modernizzato » dal Regolamento n. 1/2003. Cfr. in generale, G. BRUZZONE, M. BOCCACCIO, *L'antitrust in Italia dopo la modernizzazione: i particolari alla luce del sistema*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e Garanzie nel diritto antitrust — L'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 13 ss.

⁽²⁾ Si utilizza, per il momento, tale espressione in un'accezione ampia, al fine di indicare l'imposizione in capo alle imprese di obblighi a contenuto positivo e dettagliato, specie di tipo comportamentale. Al contrario, una definizione ristretta di « regolazione » circoscrive questo fenomeno ad una forma di intervento pubblico di vigilanza e direzione permanente dell'andamento di certi mercati (così M. FILIPPPELLI, *Le misure correttive per abusi di posizione dominante e cartelli tra*

La chiusura delle istruttorie per il tramite dell'adozione di impegni spontaneamente presentati dalle parti, infatti, consente all'Autorità di realizzare significative economie procedurali, ottenendo, sotto un profilo concorrenziale, un risultato altrettanto efficiente di quello derivante dalla completa valutazione del comportamento posto in essere dalle imprese coinvolte. L'approccio finalistico giustifica in tali ipotesi — sempre che, come sarà chiarito in seguito, non si sia in presenza di illeciti per i quali l'Autorità ritenga opportuna l'adozione di una sanzione — il sacrificio della certezza del diritto alla luce di un più celere ripristino delle condizioni concorrenziali del mercato, così consentendo, peraltro, all'Agcm di concentrare maggiormente la propria azione nei confronti delle condotte più gravi. Sotto un complementare punto di vista, l'adozione dei programmi di clemenza consente, in presenza delle infrazioni più pericolose per la concorrenza, di rompere il vincolo di segretezza che avvolge i cartelli grazie alla collaborazione di una o più parti coinvolte, seppure attraverso il parziale sacrificio della funzione deterrente delle ammende a carico delle imprese collaboranti (art. 15, co. 2-bis, l. n. 287/1990) ⁽³⁾. Infine, il potere dell'Autorità, oggi esplicitamente riconosciuto ad opera dell'art. 14-bis della l. n. 287/1990, di adottare provvedimenti cautelari, qualora *prima facie* sussista una condotta illecita ed un pericolo di pregiudizio irreparabile, costituisce uno strumento che, se ben utilizzato, dà modo all'Agcm di preservare l'efficacia delle sue decisioni, in un proficuo rapporto con gli strumenti di *private enforcement* ⁽⁴⁾.

Nonostante il comune punto di partenza, sensibilmente differente è stato il successo applicativo dei tre strumenti di azione nel corso degli anni: ad un massiccio, e per ciò stesso criticabile, utilizzo dell'istituto degli impegni ha fatto da contraltare un limitato ricorso ai programmi di clemenza ed una quasi totale abdicazione del potere di adottare misure cautelari ⁽⁵⁾. Quanto all'ambito applicativo degli impegni, tuttavia, l'esame della

imprese nel diritto della concorrenza, in *Conc. Merc.*, 2011, p. 588). In un secondo momento, invece, si avrà modo di valutare, seppure sinteticamente, se le singole decisioni di accoglimento di impegni presentino i rischi di una vera e propria deriva regolatoria (in senso stretto) dell'azione dell'Agcm (v. *infra*, § 3).

⁽³⁾ Cfr. la *Comunicazione della Commissione europea relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione dei loro importi nei casi di cartelli tra imprese*, C-298, 8 dicembre 2006, nella quale si sottolinea come il vantaggio che i consumatori e i cittadini traggono dalla certezza che le intese segrete siano scoperte e sanzionate sia primario rispetto all'interesse d'infliggere sanzioni pecuniarie alle imprese collaboranti. Più in generale, sulla *leniency* si veda ASSONIME, *I programmi di leniency della Commissione europea e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Circolare n. 241/2007, in *Riv. soc.*, 2007, p. 872 ss.; V. MELI, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 1, 2007, p. 201 ss.; P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 389 ss.; J. BERTONE, M. MAGGIOLINO, *L'introduzione dei programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano: ragioni e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 1370 ss.

⁽⁴⁾ In tema cfr. M. LIBERTINI, *Le misure cautelari*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust — L'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 47 ss., anche in *Riv. dir. ind.*, 2008, I, 5 ss. (da cui si cita); P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit., p. 418 ss.; G. OLIVIERI, *I poteri cautelari dell'Agcm tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 1, 2007, p. 51 ss. e anche in F. CINTIOLI, G. OLIVIERI (a cura di), *I nuovi strumenti di tutela antitrust — Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 33 ss.; A. POLICE, *I «nuovi» poteri dell'Autorità garante della concorrenza e le prospettive in termini di tutela giurisdizionale*, *ivi*, p. 85 ss.

⁽⁵⁾ Valuta positivamente una limitata adozione di misure cautelari da parte dell'Agcm M. LIBERTINI, *Le misure cautelari*, cit., pp. 16-17. Al contrario, la dottrina italiana si è sovente mostrata critica nei confronti di un massiccio ricorso alle decisioni con impegni: cfr., fra altri, A. GIANNACCARI, C. LANDI, *Antitrust? Grazie, abbiamo altri impegni!*, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 2, 2012, p. 231 ss.; L. DI VIA, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante*, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 1, 2007, p. 229 ss.; G. COLANGELO, *I rischi della concorrenza patteggiata: note a margine del caso Aci global*, in *Dir. ind.*, 2009, pp. 360 ss.; A. PERA, M. CARPAGNANO, *The Law and Practice of*

casistica nel corso del 2012 mostra una netta inversione di tendenza: al di là del numero decrescente di provvedimenti conclusi con l'accettazione di impegni da parte dell'Agcm — dato, che isolatamente considerato, potrebbe anche essere casuale —, è la recente Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter della l. n. 287/1990 a dare la più evidente prova del nuovo orientamento dell'Autorità sul punto (6). In tale documento, infatti, emerge chiaramente l'eccezionalità di tale strumento in funzione deflattiva del contenzioso e la necessità di una sua applicazione limitata alle infrazioni meno gravi (v. *infra*, § 2). È ipotizzabile, peraltro, che il nuovo atteggiamento dell'Agcm — già parzialmente manifestato nel periodo antecedente all'emanazione della nuova Comunicazione (7) — abbia altresì scoraggiato la presentazione di impegni da parte delle imprese, come sembrerebbe dedursi da una sensibile riduzione numerica delle richieste di accoglimento degli stessi nel corso del 2012 (v. § 3) (8). Peraltro, un cauto utilizzo delle « soluzioni negoziate » dovrebbe eliminare, o quantomeno attenuare, le eventuali tensioni con il *private enforcement*, evitando di compromettere quella sinergia con il *public enforcement* a ragione ritenuta indispensabile per una efficace tutela della concorrenza (9).

Quanto al perdurante insuccesso applicativo degli altri due strumenti introdotti dal cd. decreto Bersani — significativamente dimostrato dall'assenza nel corso del 2012 di provvedimenti cautelari e di richieste di ammissione al programma di clemenza —, ci si limiterà, nel corso della successiva trattazione, ad evidenziare alcuni profili d'inefficienza

Commitment Decisions: A Comparative Analysis, in *ECLR*, 2008, p. 669 ss.; F. GHEZZI, *La disciplina italiana degli impegni antitrust, ossia l'uso e l'abuso di uno strumento di decisione (troppo) flessibile*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 447 ss.; M. FILIPPELLI, *Le misure correttive per abusi di posizione dominante e cartelli tra imprese nel diritto della concorrenza*, cit., p. 620 ss.; A. PERA, *Le decisioni con impegni tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust — L'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 61 ss. Per quanto concerne le inefficienze del programma italiano di clemenza, alle quali è presumibilmente ascrivibile lo scarso successo numerico di imprese collaboranti, cfr. *infra* § 6; in tema, v. V. MELI, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, cit., pp. 206 ss.; P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit., p. 397 ss.

(6) Cfr. Agcm, *Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287*, provv. n. 23863, 6 settembre 2012, in *Boll.* n. 35, 2012.

(7) Ravvisano un'inversione di tendenza nell'utilizzo dello strumento degli impegni già nel corso 2011 F. DI PORTO, *Recent Developments in Italian Competition (year 2011)*, in *Conc. Merc.*, 2012, pp. 59 ss. e F. DI CRISTINA, *Decisioni con impegni, misure cautelari e programmi di clemenza nell'attività dell'Autorità antitrust (anno 2011)*, *ivi*, p. 143 ss.

(8) Per qualche dato statistico circa la rilevanza numerica dei casi conclusi con l'accettazione di impegni in Italia e in Europa: A. PERA, G. CODACCI PISANELLI, *Decisioni con impegni e private enforcement nel diritto antitrust*, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 1, 2012, p. 72 ss.; A. GIANNACCARI, C. LANDI, *Antitrust? Grazie, abbiamo altri impegni!*, cit., p. 236 ss.; D. OTTOLENGHI, *Le misure cautelari e gli impegni nell'esperienza dell'Autorità Garante (2009 e 2010)*, in *Conc. Merc.*, 2011, p. 151 ss.; F. GHEZZI, *La disciplina italiana degli impegni antitrust, ossia l'uso e l'abuso di uno strumento di decisione (troppo) flessibile*, cit., p. 450 ss.

(9) Sulla complementarietà di *private* e *public enforcement* nella tutela della concorrenza, cfr. M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di « private » e « public enforcement » in materia antitrust*, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 171 ss.; P. CASSINIS, *I nuovi poteri dell'Autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, p. 727 ss.; A. PERA, G. CODACCI PISANELLI, *Decisioni con impegni e private enforcement nel diritto antitrust*, cit., p. 69 ss.; nonché, da ultimo, C. TESAURO, *Recenti sviluppi del private antitrust enforcement*, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 3, 2011, p. 427 ss. e R. PARDOLESI, *Complementarietà irrisolte: presidio (pubblico) del mercato e azioni private di danno*, *ivi*, p. 463 ss.

dell'attuale normativa della *leniency*, rispetto ai quali la stessa Agcm ha auspicato un intervento legislativo atto a rendere la clemenza più appetibile per le imprese italiane (cfr. *infra*, § 6).

2. La nuova Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter della l. n. 287/1990.

Nel corso del 2012, l'Agcm ha pubblicato una nuova Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter della l. n. 287/1990, in sostituzione di quella del 12 ottobre 2006, n. 16015 (in precedenza già modificata dalla delibera n. 22089 del 9 febbraio 2011) ⁽¹⁰⁾. Da un'analisi complessiva del provvedimento risulta chiara la volontà, in aderenza agli orientamenti emersi in ambito comunitario, di concepire la presentazione ed accettazione degli impegni da parte dell'Autorità alla stregua di uno strumento eccezionale — o quantomeno di limitata utilizzazione —, a fronte di procedimenti dall'esito incerto e di illeciti non rientranti nel novero delle violazioni gravi della concorrenza, al fine di non pregiudicare l'efficacia deterrente delle sanzioni (v. § 6, Comunicazione).

Conformemente all'interpretazione comunemente accolta del Considerando n. 13 del reg. n. 1/2003 ⁽¹¹⁾, dunque, è lecito ritenere che l'ambito elettivo di applicazione degli impegni sia quello delle intese di cooperazione orizzontale e di quelle verticali potenzialmente connesse ad effetti pro-concorrenziali, nonché degli abusi meno gravi e caratterizzati dall'assenza di dolo; al contrario, è da considerare inopportuno l'accoglimento di impegni a fronte di *hard core restrictions* e di altre condotte particolarmente pericolose per la concorrenza, quali gli abusi escludenti ⁽¹²⁾. Sebbene, poi, la Comunicazione non lo espliciti, è preferibile escludere dall'ambito applicativo dell'art. 14-ter le ipotesi restrittive della concorrenza caratterizzate da connotazioni innovative, rispetto alle quali una compiuta valutazione dell'Autorità può assumere il valore di precedente in grado di orientare le condotte future delle imprese ⁽¹³⁾. Indiretta conferma di quanto sopra sembrerebbe trarsi dal successivo § 8 della Comunicazione, che ritiene legittimo un rigetto degli impegni « anche in considerazione dell'interesse dell'Autorità al proseguimento del procedimento istruttorio ».

⁽¹⁰⁾ Cfr. Agcm, *Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287*, cit.

⁽¹¹⁾ Sul quale cfr. C. J. COOK, *Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9, in World Competition*, 29, n. 2, 2006, p. 209 ss.; W. P. J. WILS, *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No. 1/2003, in World Competition*, 29, n. 3, 2006, p. 345 ss.

⁽¹²⁾ Cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Gli strumenti di iniziativa dell'impresa nei procedimenti davanti all'Autorità*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust — L'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Bologna, Il Mulino, Bologna, p. 149; K. MARCANTONIO, *La decisione con impegni e l'esercizio della funzione antitrust*, in *Gior. dir. amm.*, n. 5, 2012, p. 554 ss.; A. PERA, *Le decisioni con impegni tra diritto comunitario e diritto nazionale*, cit., pp. 15-16.

⁽¹³⁾ Ma il punto è controverso in dottrina, potendo, secondo taluni, le decisioni con impegni rappresentare una più efficiente risoluzione di questioni innovative e controverse: in tema, cfr. C.J.COOK, *Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9*, cit., p. 213; P. CASSINIS, *I nuovi poteri dell'Autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement*, cit., p. 724; K.MARCANTONIO, *La decisione con impegni e l'esercizio della funzione antitrust*, cit., pp. 556-557; M.SIRAGUSA-E.GUERRI, *Gli strumenti di iniziativa dell'impresa nei procedimenti davanti all'Autorità*, cit., p. 149.

Da un punto di vista procedimentale, la Comunicazione in esame mira a realizzare tempi certi e rapidi nella presentazione e valutazione degli impegni, al fine di accentuarne la funzione deflattiva. In questa prospettiva, il termine dei tre mesi dall'apertura dell'istruttoria, entro cui le parti sono tenute a far pervenire all'Agcm la versione definitiva degli impegni, si configura come perentorio, e non meramente sollecitatorio⁽¹⁴⁾, salva la possibilità — oggi espressamente consentita — di prendere in considerazione « in casi eccezionali » impegni presentati tardivamente (§ 3)⁽¹⁵⁾. Di conseguenza, alla luce dell'attuale formulazione, è ragionevole ritenere che il provvedimento di rigetto possa fondarsi su tre ordini di considerazioni: 1) tardività (salvo motivate eccezioni); 2) gravità dell'ipotizzata condotta; 3) manifesta inidoneità degli impegni a far venir meno i profili anticoncorrenziali dell'istruttoria. A tali motivazioni se ne potrebbero aggiungere altre connesse all'interesse dell'Agcm alla prosecuzione dell'istruttoria ai sensi del § 8 della Comunicazione.

La scansione della tempistica procedurale prosegue assegnando all'Agcm un termine di quarantacinque giorni, decorrenti dalla scadenza del termine di tre mesi per la presentazione degli impegni, per provvedere alla pubblicazione degli stessi — sempre che ritenuti meritevoli di valutazione — sul Bollettino e sul sito Internet dell'Autorità. Non è invece previsto un termine per il rigetto degli impegni, limitandosi la Comunicazione a richiedere che l'Agcm provveda in un tempo « ragionevole » dandone « tempestiva » comunicazione alla parte proponente; tuttavia, è da ritenere che valga in proposito il termine massimo dei quarantacinque giorni di cui sopra, posto che entro quest'ultimo si sarebbe dovuto procedere, qualora l'esito del giudizio di ammissibilità fosse stato positivo, all'eventuale pubblicazione degli impegni.

Rispetto al testo di Comunicazione previgente si chiarisce che le eventuali modifiche agli impegni proposte a seguito del cd. *market test* devono essere strettamente connesse all'esito di quest'ultimo e costituire, quindi, una mera rielaborazione di quelli originari. Un continuo riesame di questi ultimi, di volta in volta corretti, modificati o integrati dalle parti, del resto, potrebbe condizionare negativamente i tempi del procedimento di pubblicazione e valutazione degli impegni, che deve concludersi, fatte salve specifiche esigenze istruttorie, entro tre mesi dalla data di pubblicazione degli stessi.

Infine, dal punto di vista contenutistico, l'Agcm precisa che gli impegni devono essere suscettibili di *attuazione piena e tempestiva, nonché facilmente verificabili e idonei a rimuovere efficacemente i profili anticoncorrenziali* individuati nel provvedimento di avvio di istruttoria (§ 7, Comunicazione) (corsivo aggiunto). Benché non venga fatta esplicita menzione della necessaria proporzionalità degli impegni rispetto alle restrizioni concorrenziali paventate nel provvedimento di avvio istruttoria, non può seriamente dubitarsi del fatto che tale principio — rappresentando uno dei cardini del diritto

⁽¹⁴⁾ Cfr., in tal senso, soprattutto M. LIBERTINI, *Le decisioni « patteggiate » nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 12, 2006, p. 1286 ss. Ma si è pronunciata a favore della natura sollecitatoria del termine la giurisprudenza amministrativa: v., in particolare, Tar Lazio 7 aprile 2008, n. 2902 e Tar Lazio, 25 febbraio 2010, n. 3077 (in tema, però, di pubblicità ingannevole).

⁽¹⁵⁾ Resta impregiudicata la possibilità che gli impegni presentati tardivamente dalle parti assumano rilievo nella graduazione della sanzione a carico delle stesse e/o possano essere recepiti nel provvedimento di chiusura dell'istruttoria, senza precludere una piena valutazione della condotta dei soggetti coinvolti: così M. LIBERTINI, *Le decisioni « patteggiate » nei procedimenti per illeciti antitrust*, cit., p. 1286.

comunitario — costituisca il parametro per valutare la legittimità di qualsiasi atto delle istituzioni dell'Unione, ivi incluse quelle italiane nell'applicazione del diritto interno ⁽¹⁶⁾.

3. I procedimenti conclusi con l'accettazione di impegni.

Secondo quanto evidenziato dalla tabella qui di seguito riportata, il numero di istruttorie chiuse a seguito dell'accettazione di impegni da parte dell'Agcm nel corso del 2012 è stato inferiore a quello dei procedimenti conclusi con l'accertamento di un illecito e la comminazione di una sanzione, previo rigetto degli impegni proposti dalle parti nel corso del medesimo procedimento ⁽¹⁷⁾.

Tipologia violazione	Caso	Presentazione impegni	Esito procedimento
Intesa	1733 — Servizi di agenzia marittima	Si	Violazione/Sanzione
Intesa	1736 — Repower Italia prezzo dispacciamento energia elettrica centro sud	No	Violazione/Sanzione
Intesa	1740 — Comune di Casalmaggiore — Gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas	No	Violazione/Sanzione
Intesa	1723 — Intesa nel mercato delle barriere stradali	Si	Violazione/Sanzione
Intesa	1722-B-C-D — Logisticainternazionale/Villanova/Albini&Pitignani/Italsempione	Si	Rideterminazione sanzione
Intesa	1701 — Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici	Si	Rideterminazione sanzione
Intesa	1731 — Gare assicurative ASL e Aziende ospedaliere campane	No	Rideterminazione sanzione
Abuso	A431 — Ratiopharm/Pfizer	Si	Violazione/Sanzione
Abuso	A433 — Affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti solidi urbani nel comune di Messina	Si	Violazione/Sanzione
Abuso	A438 — Selecta/Poste italiane	Si	Accettazione impegni
Abuso	A426 — Telecom Italia — Gare affidamento servizi telefonia fissa e connettività IP	Si	Accettazione impegni
Abuso	A436 — Arenaways — Ostacoli all'accesso nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri	Si	Violazione/Sanzione
Abuso	A440 — Mercato italiano dell'approvvigionamento all'ingrosso del gas	Si	Accettazione impegni

⁽¹⁶⁾ In dottrina, v. F. GHEZZI, *La disciplina italiana degli impegni antitrust, ossia l'uso e l'abuso di uno strumento di decisione (troppo) flessibile*, cit., p. 474 ss.; M. FILIPPELLI, *Le misure correttive per abusi di posizione dominante e cartelli tra imprese nel diritto della concorrenza*, cit., p. 590 ss.; in giurisprudenza, cfr. Tar Lazio, 8 maggio 2009, n. 4994, sulla quale G. COLANGELO, *I rischi della concorrenza patteggiata: note a margine del caso Aci global*, in *Dir. ind.*, 2009, p. 360 ss. Tuttavia, occorre rilevare che, nel contesto dell'art. 9 del Reg. 1/2003, tale principio impone la sola verifica che gli impegni rispondano alle preoccupazioni concorrenziali suscitate dalle condotte delle imprese interessate e che queste ultime non abbiano proposto impegni meno onerosi che rispondano parimenti in modo adeguato a tali preoccupazioni: cfr. Corte di Giustizia, grande sezione, 29 giugno 2010, causa C-441/07P, *Commissione c. Alrosa*, sulla quale si vedano le osservazioni di G. FONDERICO, *Il caso « Alrosa » e la proporzionalità nelle decisioni con impegni*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3, 2011, p. 250 ss.

⁽¹⁷⁾ A fronte di tre procedimenti conclusi con l'accettazione di impegni, se ne annoverano cinque conclusi, nel corso del medesimo anno, a seguito del rigetto degli impegni presentati dalle parti (v. anche *infra*, § 4).

Tipologia violazione	Caso	Presentazione impegni	Esito procedimento
Abuso	A396C — <i>Gargano Corse/ACI</i>	Si	Mancato rispetto impegni/Non violazione
Abuso	A390 — <i>Enel distribuzione/Attivazione fornitura subordinata a pagamenti morosità pregresse</i>	Si	Modifica impegni
Abuso	A435- <i>Comune di Prato-Estra Reti Gas</i>	No	Violazione/Sanzione
Abuso	A437- <i>Esselunga/Coop estense</i>	No	Violazione/Sanzione
Abuso	A437B- <i>Esselunga/Unicoop Tirreno — Unicoop Firenze</i>	No	Non violazione

Il dato, isolatamente considerato ancora non particolarmente rilevante, acquista invece il significato di una chiara inversione di tendenza se letto in correlazione con il *trend* dell'anno immediatamente precedente⁽¹⁸⁾, nonché, e soprattutto, con le indicazioni di principio desumibili dalla recente Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter della l. n. 287/1990 (v. *supra*, § 2)⁽¹⁹⁾.

I tre casi conclusi con l'accettazione degli impegni sono caratterizzati da alcuni tratti comuni: in tutti l'Autorità ha accolto le proposte di impegni presentate da soggetti in posizione dominante, in quanto ex-monopolisti pubblici, a fronte di presunti abusi escludenti a danno di concorrenti nei mercati contigui in via di liberalizzazione⁽²⁰⁾. Essi, dunque, sembrerebbero *prima facie* contraddire l'intenzione di limitare i provvedimenti di accoglimento degli impegni alle infrazioni meno gravi, in considerazione della rilevanza degli abusi escludenti e del pregiudizio che da essi potrebbe derivare al consumatore, soprattutto nell'ambito di mercati nascenti a seguito di un processo di liberalizzazione. Forse, l'accoglimento degli impegni potrebbe trovare parziale giustificazione nel fatto che le tre fattispecie oggetto di attenzione da parte dell'Agcm presentano tutte un quadro normativo-regolamentare piuttosto complesso, presumibilmente tale da rendere difficoltosa la valutazione dell'illiceità dei comportamenti posti in essere dall'impresa in posizione dominante, o quantomeno l'intenzionalità di tali condotte con finalità escludente. È innegabile, tuttavia, che l'art. 14-ter si presti ad essere utilizzato, in settori che soffrono di un insoddisfacente livello concorrenziale, alla stregua di uno strumento idoneo al perseguimento di specifici obiettivi di politica della concorrenza, così potendo determinare una deriva regolatoria dell'azione dell'Agcm (v. *infra*)⁽²¹⁾.

⁽¹⁸⁾ Sul quale v., in particolare, F. DI CRISTINA, *Decisioni con impegni, misure cautelari e programmi di clemenza nell'attività dell'Autorità antitrust (anno 2011)*, cit., p. 143 ss.

⁽¹⁹⁾ Quanto detto sembra riflettersi anche sul numero decrescente di impegni presentati dalle parti durante il periodo considerato, ed in particolare di quelli oggetto di pubblicazione nel corso del medesimo anno. Tra questi ultimi, si annoverano soltanto gli impegni presentati da Eni nel corso del procedimento *Mercato Italiano dell'approvvigionamento all'ingrosso del gas naturale*, poi accolti dall'Autorità (v. *infra*, § 3.3), e quelli proposti dalla società Aeroporti di Roma S.p.A., nell'ambito del procedimento *Assofort/ADR — Servizi aeroportuali*, dei quali l'Agcm ha ordinato la pubblicazione con delibera del 31 ottobre 2012 (Agcm, A442 — *Assofort/ADR Servizi aeroportuali*, provv. n. 24007, 31 ottobre 2012, *Boll.* n. 44, 2012). Trattandosi, in tale ultimo caso, di una valutazione ancora in corso da parte dell'Autorità, non è dato conoscerne l'esito.

⁽²⁰⁾ Più specificamente, si tratta di: Agcm, A438 — *Selecta/Poste italiane*, provv. n. 23397, 14 marzo 2012, in *Boll.* n. 11, 2012; Agcm, A426 — *Telecom Italia — Gare affidamento servizi telefonia fissa e connettività IP*, provv. n. n. 23677, 19 giugno 2012, in *Boll.* n. 25, 2012; Agcm, A440 — *Mercato italiano dell'approvvigionamento all'ingrosso del gas naturale*, provv. n. 23871, 6 settembre 2012, in *Boll.* n. 36, 2012.

⁽²¹⁾ Il rischio che, tramite le decisioni con impegni, l'Autorità possa indirizzare la propria azione verso funzioni propriamente regolatorie, che le sarebbero istituzionalmente estranee, è paventato da numerosi commentatori: v. P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in*

3.1. *Il caso Selecta/Poste Italiane e il rischio di deriva regolatoria.*

Il 9 marzo 2011 l'Autorità ha avviato un'istruttoria nei confronti di Poste Italiane S.p.A. volta ad accertare eventuali violazioni dell'articolo 102 Tfu nel mercato dei servizi di ricezione dati, stampa e imbustamento (definito come mercato « dell'intermediazione rispetto al servizio di posta massiva »), nel quale operano sia la società Selecta, sia la stessa Poste Italiane, tramite la controllata Postel⁽²²⁾. Le condotte abusive addebitate a Poste Italiane riguardavano essenzialmente le modalità con le quali essa, a partire dal mese di settembre 2010, aveva imposto a Selecta repentinamente la restituzione delle somme dovute per gli oneri di postalizzazione, rifiutando di accettare i piani di rientro prospettati da quest'ultima⁽²³⁾. In risposta alle criticità di natura concorrenziale rilevate dall'Autorità, Poste Italiane ha presentato, in data 27 luglio 2011, alcuni impegni sinteticamente riassumibili nell'allungamento dei termini per il pagamento dei corrispettivi dovuti dagli intermediari per le affrancature; nell'applicazione nei rapporti con la controllata Postel delle medesime condizioni contrattuali applicate agli altri intermediari in caso di ritardo nei pagamenti; ed infine, nella rideterminazione del tasso da applicare all'affidamento su conto corrente intersocietario concesso a Postel, sulla base di una procedura trasparente ed oggettiva. L'Autorità ha ritenuto gli impegni presentati — così come parzialmente modificati a seguito del *market test* — idonei a rimuovere i profili anticoncorrenziali evidenziati in avvio d'istruttoria, considerando peraltro gli stessi tali da ridurre il rischio di discriminazione tra Postel e gli altri intermediari.

Il provvedimento da ultimo esaminato parrebbe avvalorare la tesi della tendenza regolatoria delle decisioni dell'Agcm, dal momento che l'accoglimento degli impegni presentati da Poste ha determinato una complessiva regolamentazione dei rapporti tra quest'ultima e gli intermediari del servizio di posta massiva — incidendo in modo significativo sulle Condizioni tecnico attuative del servizio di posta massiva e sul contenuto dei singoli accordi con gli operatori intermediari —, e finendo, probabilmente, con l'oltrepassare le perplessità concorrenziali evidenziate nel provvedimento di apertura

Italia, cit., pp. 439- 440; L. DI VIA, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante*, cit., p. 248 ss.; F. GHEZZI, *La disciplina italiana degli impegni antitrust, ossia l'uso e l'abuso di uno strumento di decisione (troppo) flessibile*, cit., p. 457 (ove anche altri richiami dottrinali); G. COLANGELO, *I rischi della concorrenza patteggiata: note a margine del caso Aci global*, cit., p. 360 ss.; F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in *Giur. comm.*, 2008, p. 109 ss.

⁽²²⁾ Il servizio di posta massiva è un servizio di recapito rientrante nel servizio universale, affidato a Poste italiane, che ha ad oggetto la corrispondenza postalizzata in grande quantità. Le tariffe massime di questo servizio, così come le sue caratteristiche principali, sono state stabilite dal Ministero dello Sviluppo economico con il d.m. 12 maggio 2006. L'art. 2 di tale provvedimento prevede che il fornitore del servizio universale predisponga le condizioni tecnico attuative delle modalità di fornitura del servizio, da comunicare all'Autorità di regolamentazione del settore postale per l'approvazione ai sensi dell'art. 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Condizioni tecnico attuative del servizio di posta massiva).

⁽²³⁾ È opportuno precisare che, quando la spedizione della posta massiva avviene tramite l'intermediario (es. Selecta), quest'ultimo si avvale, di regola, del sistema « Senza Materiale Affrancatura » (SMA), il quale prevede modalità di pagamento alternative all'affrancatura. Tra queste ultime, è frequente che venga convenuto il pagamento differito, ai sensi del quale l'intermediario s'impegna a ricevere e trasmettere ai clienti le fatture emesse da Poste e ad effettuare il pagamento a Poste nei termini e con le modalità previste. Ciò ha determinato una consistente esposizione debitoria degli intermediari nei confronti di quest'ultima.

dell'istruttoria ⁽²⁴⁾. Con tali affermazioni non s'intende esprimere un giudizio assolutamente negativo nei confronti d'interventi dell'Agcm dal « sapore regolatorio », estrinsecantesi nell'adozione di impegni di tipo comportamentale o strutturale a contenuto dettagliato, quanto piuttosto ribadire la necessità che gli stessi siano finalisticamente connessi, secondo un principio di rigorosa proporzionalità, al ripristino del buon funzionamento del mercato ⁽²⁵⁾. È possibile, tuttavia, che, specie a fronte di mercati regolamentati, gli impegni risultino esorbitanti rispetto ai rischi concorrenziali ipotizzati in avvio di istruttoria, finendo con l'attribuire all'Agcm poteri di direzione e monitoraggio continuativo del mercato, tipici di un'Autorità di regolazione.

3.2. *Il caso Telecom Italia — Gare affidamento servizi telefonia fissa e connettività: ancora sui flussi informativi di mercato.*

L'avvio del procedimento in esame trae origine da una segnalazione di Fastweb S.p.a., che lamentava, in prossimità della scadenza del termine per la presentazione di offerte in gare di particolare rilevanza economica (i.e., le gare Consip ed Enel), la mancata fornitura da parte di Telecom Italia di talune informazioni tecnico-economiche ritenute necessarie per la predisposizione da parte degli operatori alternativi (« OLO ») delle proprie offerte di gara. Il 13 maggio 2010, l'Autorità ha avviato un'istruttoria nei confronti di Telecom per accertare l'eventuale esistenza di violazioni dell'articolo 102 del Tfu, ipotizzando a suo carico un abuso di natura escludente. In risposta alle criticità di natura concorrenziale rilevate dall'Autorità nel provvedimento di avvio, Telecom ha presentato impegni ai sensi dell'articolo 14-ter, giudicati ammissibili e pubblicati in data 29 luglio 2011.

Il presente procedimento si caratterizza per il fatto che l'Autorità, nonostante le serrate critiche cui sono stati sottoposti gli impegni di Telecom nel corso del *market test* ⁽²⁶⁾, ha ritenuto opportuno chiudere il procedimento con l'accoglimento degli stessi, valutandoli adeguati e proporzionati ai profili contestati in avvio. L'accettazione degli impegni, a fronte di un *market test* tendenzialmente negativo, costituisce espressione della grande discrezionalità di cui dispone l'Autorità nella valutazione dell'idoneità degli stessi a rimuovere efficacemente i profili anticoncorrenziali individuati nel provvedimento di avvio di istruttoria. All'opposto, sembra legittimo ritenere che l'Agcm possa giungere anche al rigetto degli impegni, nonostante la loro pubblicazione ed un esito positivo del *market test*, qualora, a seguito delle osservazioni presentate dai terzi e di una più compiuta valutazione dell'assetto concorrenziale del mercato, reputi tali impegni inidonei o non proporzionati (sul punto, v. anche *infra*, § 4.1).

Nel caso di specie, peraltro, gli impegni hanno avuto ad oggetto prevalentemente obblighi informativi in favore di operatori concorrenti, al fine di consentire ai medesimi

⁽²⁴⁾ Tanto più in considerazione del fatto che Selecta e Poste erano già autonomamente pervenute ad una rinegoziazione del debito a far data dal 12 gennaio 2012.

⁽²⁵⁾ A conferma della complessità della questione — certamente esorbitante rispetto alle finalità della presente rassegna — non si ignora il fatto che anche quello sopra enunciato non rappresenta un criterio univoco di delimitazione dei poteri dell'Autorità di concorrenza, potendo la tutela del buon funzionamento del mercato essere circoscritta alla mera correzione delle infrazioni riscontrate ovvero sostanziansi in un più penetrante potere di orientamento delle dinamiche concorrenziali. Per una sintesi del dibattito v. M. FILIPPELLI, *Le misure correttive per abusi di posizione dominante e cartelli tra imprese nel diritto della concorrenza*, cit., pp. 595 ss.

⁽²⁶⁾ Più nel dettaglio, si è trattato di due *market test*, posto che, con successiva comunicazione del 9 novembre 2011, Telecom Italia ha presentato alcune modifiche agli impegni originari, anch'esse pubblicate il successivo 25 novembre 2011.

la predisposizione di offerte competitive, nell'ottica di una maggiore apertura e contenibilità del mercato (27). L'accoglimento di impegni aventi ad oggetto flussi informativi non costituisce una prassi innovativa nell'ambito delle decisioni dell'Agcm in materia di abusi di posizione dominante (28); tuttavia, si tratta di una tendenza che rischia di assumere i connotati para-regolatori cui si è fatto cenno nei precedenti paragrafi (29).

3.3. *Il caso Mercato Italiano dell'approvvigionamento all'ingrosso del gas naturale: l'accoglimento di impegni nel settore dell'energia ed il raccordo con l'Aeeg.*

Con delibera del 6 marzo 2012, l'Autorità ha avviato un'istruttoria nei confronti della società Eni S.p.A. volta ad accertare eventuali violazioni dell'articolo 102 del Tfu, a seguito della decisione della predetta società, operatore dominante nel mercato del trasporto internazionale di gas attraverso i gasdotti TAG e Tenp/Transitgas, di non effettuare le aste di capacità di trasporto internazionale su tali gasdotti per l'estate 2011 e per l'intero anno termico 2011-2012, pur in presenza di capacità inutilizzata su entrambi i gasdotti e di soggetti interessati ad accedere alla stessa. A fronte di tali perplessità concorrenziali, Eni ha presentato degli impegni, nella loro versione definitiva sinteticamente riconducibili all'obbligo di mettere a disposizione, tramite asta, per un periodo pari a cinque anni 5 miliardi di mc/anno di capacità di trasporto fisica e/o virtuale, ripartiti

(27) Con il primo impegno Telecom si è obbligata a rilasciare valutazioni in merito alla fattibilità e ai costi di soluzioni tecnico impiantistiche non *standard* connesse alla fornitura di servizi di accesso alla rete che gli operatori potrebbero trovarsi a dover realizzare per soddisfare specifiche richieste da parte di grandi clienti. Stando all'opinione dell'Agcm, il principale pregio del suddetto impegno è quello di estendere a tutte le soluzioni impiantistiche non *standard* l'obbligo di rilascio degli studi di fattibilità, assicurando, inoltre, che la comunicazione dei suddetti avvenga in tempi certi e con modalità non discriminatorie rispetto alle divisioni commerciali della stessa Telecom. Con il secondo impegno, Telecom si è obbligata a mettere a disposizione, in occasione di procedure di gara di rilevante entità, informazioni relative alla configurazione dei servizi di accesso utilizzati da Telecom nella fornitura di servizi alle stazioni appaltanti, ove le stesse siano in tutto o in parti clienti della stessa Telecom. Infine, si nota che tra gli impegni proposti, quello che ha suscitato le principali preoccupazioni nell'ambito del *market test* è stato il terzo, sulla base del quale Telecom si è proposta di offrire un servizio integrato di *System Unico* per effettuare in un unico intervento le attività di riparazione dei guasti; al riguardo, gli intervenienti hanno prospettato il rischio che l'attività di *assurance* si accentri in capo a Telecom, dando, peraltro, a quest'ultima la possibilità di venire a conoscenza d'informazioni riservate sulle offerte degli OLO. Al contrario, secondo l'Autorità, il suddetto impegno non produce l'effetto di ridurre gli spazi e gli incentivi per un'autonoma negoziazione su base commerciale di accordi di *System Unico* in tutto e per tutto analoghi a quelli ad oggi esistenti, potendo, tuttavia, il servizio offerto da Telecom risultare appetibile per gli operatori di ridotte dimensioni.

(28) Cfr., in particolare, F. DI PORTO, *Recent Developments in Italian Competition (year 2011)*, cit., p. 64 ss.

(29) Nel caso di specie, del resto, gli operatori coinvolti nel *market test* avevano ritenuto gli impegni presentati sostanzialmente coincidenti con gli obblighi ai quali Telecom Italia era già sottoposta in virtù di previsioni regolamentari dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni o dell'Organo di Vigilanza. L'Autorità, al contrario, ha ritenuto i medesimi impegni contenutisticamente più ampi di quelli già imposti a Telecom dalla normativa di settore vigente, così indirettamente confermandone la sostanziale natura regolamentare. Tra l'altro, merita di essere ricordato il fatto che l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha ritenuto, nel caso di specie, di non fornire alcun parere, motivando tale scelta con la « necessità che si proceda ad una preliminare ridefinizione degli ambiti di competenza spettanti rispettivamente all'Agcm ed all'Agcm, in relazione all'attività relativa al rilascio di pareri nei procedimenti con impegni (nonché all'esercizio dell'attività di vigilanza e sanzione delle pratiche commerciali scorrette nel settore delle comunicazioni elettroniche), con particolare riguardo ai casi in cui le decisioni dell'Agcm incidano inevitabilmente su norme regolamentari la cui adozione e vigilanza già rientri nella competenza di questo Garante ».

tra il gasdotto TAG (per il 40%) e ciascuna tratta del Tenp/Transitgas (per un totale del 60%). L'Autorità ha valutato positivamente gli impegni proposti da Eni, ritenendo, in particolare, che la messa a disposizione per un certo numero di anni di una quantità minima di capacità secondaria da parte di Eni fosse idonea a rimuovere le preoccupazioni concorrenziali avanzate nel provvedimento di avvio, rappresentando un elemento positivo sul quale poter costruire una stabile presenza di concorrenti nel mercato finale della vendita del gas italiano. Stando alla valutazione dell'Agcm, inoltre, nella loro formulazione definitiva, gli impegni proposti da Eni consentono anche di superare una serie di criticità sollevate dagli operatori del settore nel corso del *market test*, in merito alle concrete modalità di svolgimento delle aste di capacità ⁽³⁰⁾.

Il caso in esame si caratterizza, inoltre, per il raccordo con l'Autorità di regolazione (l'Aeeg), che ha ritenuto positivi gli impegni proposti da Eni, a fronte delle numerose incertezze ancora sussistenti circa la tempistica ed i contenuti definitivi della normativa regolamentare a livello nazionale ed europeo ⁽³¹⁾. La stessa Aeeg ha, peraltro, messo in evidenza alcune criticità legate alla versione originaria degli impegni, così influenzando in modo significativo le modifiche accessorie apportate da Eni: si consideri, ad esempio, la successiva previsione di aste annuali (e non più pluriennali), e la maggiore rilevanza attribuita, nella versione definitiva degli impegni, alla direttrice Tenp/Transitgas rispetto a quella del Tag ⁽³²⁾.

4. Il rigetto degli impegni.

Sulla base delle osservazioni in precedenza formulate, risulta di grande interesse l'analisi dei provvedimenti di rigetto degli impegni, anche al fine di delineare più precisamente i nuovi orientamenti dell'Agcm nell'applicazione dell'art. 14-ter, l. n. 287/1990. Tuttavia, a causa della riservatezza che copre alcuni dei suddetti impegni — spesso non pubblicati, in quanto giudicati *prima facie* inammissibili —, e della concisione delle motivazioni alla base del rigetto, generalmente demandate alla tralattizia affermazione della « manifesta inidoneità » degli stessi a rimuovere le ipotizzate restrizioni concorrenziali, il valore dei suddetti precedenti è relativo, ed in gran parte demandato all'attività ermeneutica dell'interprete. Ciò detto, i procedimenti conclusi nel 2012, previo rigetto — nel corso dello stesso anno o in quelli immediatamente precedenti — degli impegni presentati dalle parti coinvolte, sono cinque: tre in materia di abusi di posizione dominante e due relativi ad intese restrittive della concorrenza ⁽³³⁾.

⁽³⁰⁾ Positivamente è stata valutata, tra l'altro, la scelta finale di Eni di effettuare le aste secondo il metodo del *system marginal price*, differente dal *pay as bid* proposto nella prima versione degli impegni. La procedura prevista dal metodo del *system marginal price* risulta, infatti, funzionale a calmierare il livello del prezzo di aggiudicazione pagato dai soggetti a cui sarà attribuita la capacità di trasporto ed a ridurre le extra rendite a favore di Eni. Tale misura, pertanto, si presta anche a rappresentare una forma indiretta di compensazione rispetto al mancato svolgimento delle aste nell'estate del 2011 e nell'anno termico 2011-2012.

⁽³¹⁾ Sottolinea il proficuo raccordo con il regolatore (nel caso di specie, l'Aeeg) A. NOCE, *Antitrust e regolazione nelle decisioni con impegni in materia di energia*, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 2, 2011, p. 333 ss.

⁽³²⁾ L'Aeeg ha osservato che la direttrice Tenp/Transitgas assume una rilevanza maggiore rispetto a quella del Tag, sia perché ha a monte gli *hub* più liquidi, sia perché attraversa la Svizzera, dove non trova ancora applicazione il quadro regolatorio comunitario.

⁽³³⁾ Si tratta di: Agcm, *A436 — Arenaways — Ostacoli all'accesso nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri*, provv. n. 23770, 25 luglio 2012, in *Boll.* n. 30; Agcm, *A431 —*

4.1. Il rigetto degli impegni a fronte di ipotizzati abusi di posizione dominante.

Nel corso del primo dei procedimenti presi in considerazione, Ferrovie dello Stato S.p.A. e Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. — accusate di aver posto in essere una strategia volta ad impedire l'accesso all'infrastruttura ferroviaria nazionale al nuovo entrante Arenaways S.p.A. — avevano presentato impegni ai sensi dell'art. 14-ter, rigettati dall'Autorità con delibera del 21 marzo 2012 in quanto manifestamente inidonei a far venir meno i profili anti-concorrenziali oggetto dell'istruttoria. Gli impegni non sono stati pubblicati e, per ragioni di riservatezza, la loro descrizione è stata omessa nel provvedimento di chiusura dell'istruttoria; di conseguenza non è possibile dedurne il contenuto, volto presumibilmente a garantire una più ampia apertura del mercato del trasporto ferroviario dei passeggeri. Quanto al loro rigetto, è plausibile che sia da ascrivere alla gravità della condotta delle parti, tale, come ribadito più volte dall'Agcm, da determinare il venir meno dell'unica alternativa possibile e credibile a Trenitalia (*i.e.*, Arenaways), con danni evidenti per i consumatori ⁽³⁴⁾.

Motivazioni parzialmente analoghe sembrerebbero essere alla base del rigetto degli impegni presentati dalla società Pfizer Italia S.r.l. nell'ambito di un procedimento che l'ha vista condannare per abuso di posizione dominante a causa di una strategia volta — attraverso l'artificiosa estensione della copertura brevettuale — a ritardare l'ingresso nel mercato italiano del farmaco generico dello Xalatan, medicinale prodotto e commercializzato da Pfizer per la cura del glaucoma dell'occhio ⁽³⁵⁾. A fronte degli illeciti prospettati, Pfizer aveva presentato alcuni impegni (v. Boll. n. 17/2011) rigettati dall'Autorità in considerazione della gravità e dell'intenzionalità della condotta ad essa ascrivibile, nonché dei danni cagionati al SSN ed ai consumatori ⁽³⁶⁾. Peraltro, è ragionevole ritenere che gli impegni fossero anche contenutisticamente inidonei a determinare una situazione equivalente a quella che si sarebbe verificata in regime di libera utilizzazione

Ratiopharm/Pfizer, provv. n. 23194, 11 gennaio 2012, in *Boll.* n. 2, 2012; Agcm, A433 — *Affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti solidi urbani nel comune di Messina*, provv. n. 23396, 14 marzo 2012, in *Boll.* n. 13, 2012; Agcm, I723 — *Intesa nel mercato delle barriere stradali*, provv. n. 23931, 28 settembre 2012, in *Boll.* n. 39, 2012; Agcm, I733 — *Servizi di agenzia marittima*, n. 23338, 22 febbraio 2012, in *Boll.* 9, 2012. Vale la pena ricordare anche il rigetto degli impegni presentati dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Chieti, nell'ambito di un procedimento ancora in corso: cfr. Agcm, I745 — *Consigli dell'ordine degli Avvocati/Diniago all'esercizio di Avvocato*, provv. n. 23116, 14 dicembre 2011, in *Boll.* n. 52, 2011, e provv. n. 24041, 7 novembre 2012, in *Boll.* n. 45, 2012.

⁽³⁴⁾ Il procedimento si è concluso con l'accertamento della condotta abusiva di RFI e delle sue controllate e con l'imposizione di sanzioni pecuniarie in ragione della gravità dell'infrazione accertata. Per un'analisi economico-giuridica della vicenda cfr. A. BOITANI, F. RAMELLA, *Arenaways e altre storie ferroviarie (poco edificanti)*, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 1, 2012, p. 97 ss.

⁽³⁵⁾ Sugli abusi realizzati nel settore farmaceutico tramite « strategie brevettuali »: N. TUOMINEN, *Patenting Strategies of the EU Pharmaceutical Industry: Regular Business Practice or Abuse of Dominance*, in *World Competition*, 35, n. 1, 2012, p. 27 ss.; M. COLANGELO, *Dominanza e regulatory gaming: il caso Pfizer*, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 2, 2012, p. 325 ss.; M. MAGGIOLINO, M. L. MONTAGNANI, *Astrazeneca's Abuse of IPR-Related Procedures: A Hypothesis of Anti-Trust Offence, Abuse of Rights, and IPR Misuse*, in *World Competition*, 34, n. 2, 2011, p. 245 ss.

⁽³⁶⁾ Dalla sentenza del Tar Lazio che, *inter alia*, si pronuncia in merito al provvedimento di rigetto degli impegni, apprendiamo che, stando all'opinione dell'Autorità, gli impegni proposti sarebbero stati parzialmente contraddittori ed altresì inidonei in considerazione dell'avvenuta scadenza temporale della privativa: cfr. Tar Lazio, 3 settembre 2012, n. 7467, reperibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

del *latanoprost*, risolvendosi, comunque, nella stipula di contratti di licenza caratterizzati da una possibile, anche se circoscritta, facoltà di risoluzione da parte della Pfizer per inadempimento del licenziatario ⁽³⁷⁾.

L'ultimo dei casi oggetto di esame ha tratto origine da una segnalazione della società di ambito territoriale ottimale ATO ME3, con la quale si contestava a Messinambiente S.p.A. il notevole ritardo e l'incompletezza di talune informazioni relative ai propri dipendenti, ritenute necessarie per lo svolgimento della gara per l'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani che ATO ME 3 avrebbe dovuto bandire. Si paventava, dunque, da parte di Messinambiente — affidataria diretta del servizio di igiene urbana nel Comune di Messina dal 1999 — un abuso di posizione dominante di natura escludente, volto ad ostacolare la concorrenza nel mercato dell'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti solidi urbani ed assimilati nel territorio del Comune di Messina. Il 14 aprile 2011 Messinambiente presentava impegni ai sensi dell'articolo 14-ter, sinteticamente riconducibili ad un generale obbligo di cooperazione nei confronti di ATO ME 3. Gli impegni, nonostante l'avvenuta pubblicazione con provvedimento del 17 maggio 2011, non sono stati accolti perché ritenuti inidonei a rimuovere i profili anticoncorrenziali oggetto di istruttoria, anche, e soprattutto, in considerazione del successivo emergere di una generale inaffidabilità della società proponente. Il rigetto, infatti, è stato motivato principalmente in ragione del successivo comportamento dilatorio ed ostruzionistico di Messinambiente e dell'emersione di un nutrito contenzioso giuslavoristico, in relazione al quale la stessa Messinambiente si era mostrata reticente ⁽³⁸⁾.

4.2. *Gli impegni e le intese anticoncorrenziali.*

Secondo quanto anticipato, l'analisi dei provvedimenti assunti dall'Agcm nel 2012 in materia di intese restrittive della concorrenza si caratterizza per la conclusione di due procedimenti a seguito del rigetto degli impegni proposti da alcune delle imprese coinvolte: si tratta, nello specifico, dei casi *Intesa nel mercato delle barriere stradali e Servizi di agenzia marittima* ⁽³⁹⁾. Di poco o nessun rilievo, limitatamente alle finalità della presente rassegna, è il primo ⁽⁴⁰⁾; al contrario, il secondo risulta di maggiore interesse, rappresentando un esempio paradigmatico del corretto bilanciamento dell'uso alternativo degli impegni e dei programmi di clemenza. L'istruttoria, avviata a seguito di una domanda di ammissione al beneficio della clemenza, ha coinvolto diverse agenzie

⁽³⁷⁾ Non può omettersi di considerare, tuttavia, come di diverso avviso si sia mostrato il Tar Lazio che, nella già citata sentenza, ha ritenuto il gravame di Pfizer fondato e gli impegni suscettibili di considerazione positiva, giungendo ad annullare il provvedimento di condanna dell'Agcm e la sanzione ivi irrogata (pari a € 10.677.706).

⁽³⁸⁾ Il provvedimento in esame si è concluso con la qualificazione della condotta di Messinambiente alla stregua di un abuso di posizione dominante in contrasto con l'art. 102 del Tfu e con l'irrogazione alla stessa di una sanzione di cinquantaduemila euro.

⁽³⁹⁾ Agcm, 1723 — *Intesa nel mercato delle barriere stradali*, provv. n. 23931, 28 settembre 2012, in *Boll.* n. 39, 2012; Agcm, 1733 — *Servizi di agenzia marittima*, provv. n. 23338, 22 febbraio 2012, in *Boll.* 9, 2012. Sui quali sia consentito rinviare a C.GARILLI, *Le intese restrittive della concorrenza nell'attività dell'Agcm (anno 2012)*, in corso di pubblicazione in *Conc. Merc.*, 2013.

⁽⁴⁰⁾ Le uniche informazioni circa gli impegni presentati da talune parti del procedimento vengono fornite dall'Agcm nel provvedimento di chiusura istruttoria, nel quale l'Autorità si limita a statuire che i suddetti impegni sono stati rigettati con provvedimento — non pubblicato — del 13 maggio 2010 (§ 39). Non si è in grado, dunque, di valutare in alcun modo il contenuto degli stessi, né le eventuali ricadute in termini di eliminazione delle restrizioni concorrenziali oggetto di istruttoria.

marittime attive nel porto di Genova, nonché la relativa associazione di categoria (Assagenti) e quella degli spedizionieri (Spediporto), al fine di accertare l'eventuale esistenza di un'intesa volta a coordinare le rispettive strategie di prezzo. L'Agcm ha ritenuto gli impegni presentati da alcune delle parti coinvolte nel procedimento « manifestamente inidonei », in quanto relativi a condotte suscettibili d'integrare un'intesa orizzontale di prezzo, come tale annoverabile tra le *hard core restrictions*, che, al contrario, costituiscono il campo di applicazione elettivo dei programmi di clemenza ⁽⁴¹⁾.

5. Inottemperanza agli impegni e modifiche accessorie agli stessi.

I due provvedimenti di seguito sinteticamente esaminati costituiscono espressione, rispettivamente, del potere dell'Agcm d'irrogare sanzioni in caso di inadempimento delle imprese rispetto agli impegni assunti, e del potere di modifica degli stessi, in considerazione del mutamento delle circostanze di fatto (art. 14-ter, co. 2 e 3, l. n. 287/90) ⁽⁴²⁾.

Il primo caso da prendere in considerazione è *Gargano Corse/ACI*, il cui procedimento principale si è concluso, in data 11 giugno 2009 (provv. n. 19946), con l'accoglimento degli impegni proposti dall'ACI (Automobile Club d'Italia). Nel corso del 2011, la Federazione Italiana Karting ha segnalato diverse condotte dell'ACI potenzialmente integranti corrispondenti fattispecie di inottemperanza agli impegni, tra le quali la mancata soppressione dell'articolo 17 dello Statuto dell'ACI, legittimante il suo potere di approvazione del Regolamento della CSAI (Commissione Sportiva automobilistica italiana). All'esito del procedimento d'inottemperanza, tuttavia, l'Agcm ha ritenuto il comportamento di ACI conforme agli obblighi assunti, essendo l'inadempimento nella modifica dello Statuto unicamente imputabile al ritardo con il quale la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in qualità di amministrazione vigilante, ha proceduto alla necessaria approvazione della suddetta modifica (già approvata dall'ACI a far data dal 26 ottobre 2009) ⁽⁴³⁾.

Per quanto concerne il secondo caso oggetto di attenzione, esso riguarda un'ipotesi di modifica degli impegni resi obbligatori nei confronti di Enel a chiusura di una precedente istruttoria (*Enel distribuzione/Attivazione fornitura subordinata a pagamenti morosità*). La modifica proposta da Enel, concernendo aspetti marginali rispetto agli impegni originari, non ha richiesto l'attivazione di una nuova e autonoma procedura di valutazione. Più in particolare, l'Agcm ha ritenuto congrua l'eliminazione di una delle modalità, indicata nei predetti impegni, attraverso la quale effettuare il controllo sulla qualità del servizio commerciale degli operatori telefonici a contatto con la clientela finale nei casi di subentri su utenze caratterizzate da morosità pregresse (*i.e.*, l'effettuazione di venti *mystery calls* al mese, fermi restando gli ordinari controlli). La suddetta

⁽⁴¹⁾ Per completezza, si fa presente che il provvedimento dell'Agcm, conclusosi con l'accertamento di un'intesa unica e complessa restrittiva della concorrenza, in violazione dell'articolo 101 del Tfu, è stato oggetto di annullamento da parte del Tar Lazio, che ha ritenuto sussistente solo un lecito accordo verticale tra le associazioni Assagenti e Spediporto. Cfr. Tar Lazio, 15 gennaio 2013, n. 363, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽⁴²⁾ V. Agcm, A396C — *Gargano Corse/ACI*, provv. n. 23280, 8 febbraio 2012, in *Boll.* n. 6, 2012; Agcm, A390 — *Enel distribuzione/Attivazione fornitura subordinata a pagamenti morosità*, provv. n. 23307, 14 febbraio 2012, in *Boll.* n. 7, 2012.

⁽⁴³⁾ Motivazioni sostanzialmente analoghe sono alla base della decisione con la quale, nell'ambito del medesimo procedimento, l'Agcm non ha giudicato l'ACI inadempiente rispetto ad altri obblighi assunti con gli impegni, relativi in particolare ad ulteriori modifiche da apportare ai regolamenti della CSAI sottoposte alla ratifica di un soggetto terzo (il CONI).

modalità di controllo, infatti, era divenuta eccessiva a fronte di una significativa (e dimostrata) riduzione delle potenziali criticità legate al servizio telefonico di subentri su utente caratterizzate da morosità pregressa ⁽⁴⁴⁾.

6. I programmi di clemenza: il caso *Servizi di agenzia marittima* (cenni); le proposte dell'Autorità per una riforma dell'art. 15, comma 2, l. n. 287/1990.

Nel corso del 2012 non è stato attivato alcun nuovo programma di clemenza; è, tuttavia, giunto alla conclusione il procedimento *Servizi di agenzia marittima*, avviato a seguito della domanda di trattamento favorevole presentata in forma orale da parte della società Maersk Italia S.p.A., anche per conto della sua controllata Safmarine Italia S.r.l. (in sintesi, cfr. anche *supra* § 4.2) ⁽⁴⁵⁾.

A fronte dello scarso successo numerico dei programmi di clemenza, l'Agcm ha pubblicato alcune proposte di riforma dell'art. 15, co. 2, l. n. 287/1990, nell'ambito delle più generali *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza (anno 2013)* ⁽⁴⁶⁾. Il condivisibile obiettivo perseguito dall'Autorità è quello di eliminare, o quantomeno attenuare, i disincentivi attualmente esistenti all'attivazione di un programma di clemenza, sinteticamente riconducibili alla potenziale ricaduta delle dichiarazioni confessionarie rese dalle imprese collaboratrici nei procedimenti penali e civili. La possibilità per i vertici dell'impresa e per l'impresa stessa — nell'ipotesi di reati imputabili all'ente ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 — di essere passibili di procedimenti penali a seguito della collaborazione prestata al fine di ottenere l'immunità, o una riduzione, della sanzione amministrativa eventualmente irrogata dall'Autorità di concorrenza rappresenta, infatti, un serio ostacolo al decollo del programma di clemenza italiano. A ciò si aggiunga il disincentivo derivante, sotto il profilo degli obblighi risarcitori a carico dei *leniency applicants*, dalle azioni civili promosse generalmente a seguito della chiusura dei procedimenti *antitrust* con l'accertamento dell'infrazione da parte dell'Agcm (cd. azioni *follow on*).

Prendendo atto di tali inefficienze derivanti dall'attuale assetto normativo, l'Agcm suggerisce di apportare alcune modifiche alla vigente disciplina della *leniency*, consistenti, per quel che attiene al profilo penalistico, nell'estensione dell'immunità ottenuta nell'ambito del procedimento *antitrust* agli eventuali reati configurabili in ragione della condotta posta in essere dai *leniency applicants*: più precisamente, l'immunità concessa dall'Agcm rappresenterebbe una causa di non punibilità per le persone fisiche, facenti parte dell'impresa collaborante, alle quali venga contestato un reato riguardante i

⁽⁴⁴⁾ Del resto, l'impegno in questione era già stato progressivamente ridotto con i successivi provvedimenti del 15 maggio 2008 (n. 18376) e dell'8 aprile 2010 (n. 20975).

⁽⁴⁵⁾ In un secondo momento, anche la società Hapag Lloyd Italy S.r.l. ha presentato una domanda in forma orale di trattamento favorevole, allegando alcuni documenti a riprova delle condotte denunciate da Maersk. Le dichiarazioni orali di Hapag Lloyd, con l'allegata documentazione, sono state ritenute idonee a confermare e rafforzare il quadro probatorio, consentendo di estendere temporalmente e oggettivamente l'ambito di operatività dell'intesa ed agevolando la comprensione dell'effettivo impatto della stessa nel mercato di riferimento. Tanto premesso, l'Autorità ha ritenuto di ridurre la sanzione della società Hapag Lloyd nella misura del 50%.

⁽⁴⁶⁾ Agcm, AS988 — *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013*, 2 ottobre 2012, in *Boll.* n. 38, 2012.

medesimi fatti che hanno condotto l'Autorità ad accertare l'intesa anticoncorrenziale. E la medesima conseguenza potrebbe essere prevista anche per i reati di cui possa essere chiamato a rispondere l'ente in quanto tale, ai sensi del d.lgs. n. 231/2001.

Quanto alle ricadute della *leniency* sul *private enforcement*, l'Autorità ritiene di sposare la soluzione già proposta nel Libro Verde della Commissione ⁽⁴⁷⁾, consistente nell'esonero del *leniency applicant* dalla solidarietà passiva con i coautori dell'illecito a fronte dell'obbligazione risarcitoria fatta valere in sede civile. La soluzione appare praticabile e condivisibile, non potendo, al contrario, prospettarsi un totale esonero da responsabilità civile per l'impresa collaborante, in considerazione del sacrificio eccessivo che ciò determinerebbe a carico dei terzi e della complementare funzione di *public* e *private enforcement* nella tutela della concorrenza.

Infine, l'Autorità ribadisce il divieto di accesso dei terzi alle dichiarazioni confessorie rese nell'ambito dei programmi di clemenza ⁽⁴⁸⁾, evidenziando la necessità che tale disciplina, unitamente a quella relativa ai diritti di accesso delle altre parti del procedimento, sia contenuta in una norma di rango primario, e non esclusivamente nella *Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni* ⁽⁴⁹⁾. Quanto all'accesso alla restante documentazione, presentata in allegato o ad integrazione della dichiarazione confessoria, la proposta dell'Autorità è nel senso di modificare l'art. 15, co. 2, in modo tale da demandare tale regolamentazione ad un provvedimento generale della stessa Agcm ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁷⁾ V. Commissione, *Libro verde — Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM(2005) 672, 19 dicembre 2005, p. 10, opzione n. 30; ed anche Commissione, *Libro bianco — Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM(2008)165, 2 aprile 2008, punto 2.9.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. art. 10-bis della *Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'art. 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287*, secondo il quale « ai soggetti terzi, anche se intervenuti nel procedimento, non è accordato l'accesso né alle dichiarazioni confessorie né alla documentazione allegata ».

⁽⁴⁹⁾ Sebbene tale Comunicazione rappresenti espressione di un potere normativo-regolamentare dell'Agcm, e non di un semplice potere di autorganizzazione interna: cfr. V. MELI, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, cit., p. 205.

⁽⁵⁰⁾ In proposito, non può non farsi riferimento alla nota sentenza della Corte di Giustizia, 14 giugno 2011, causa C-360/09, *Pfleiderer c. Bundeskartellamt*, sulla quale v. C. CAUFFMAN, *Access to Leniency-Related Documents after Pfeleiderer*, in *World Competition*, 34, n. 4, 2011, p. 597 ss. In tema, si attende anche la conclusione della causa pregiudiziale C-536/11, instaurata dinanzi alla Corte di Giustizia proposta dall'Oberlandesgerichts Wien (Austria) il 20 ottobre 2011 (*Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie AG e a.*).