

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

FONDATA E DIRETTA DA

Alberto M. Gambino

COMITATO DI DIREZIONE

Valeria Falce, Giusella Finocchiaro, Oreste Pollicino,
Giorgio Resta, Salvatore Sica

28 Settembre 2018

Le decisioni con impegni
negli illeciti anticoncorrenziali plurisoggettivi

Maria Pia Pignalosa

COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa, Fernando Bocchini, Giovanni Comandè, Gianluca Contaldi,
Vincenzo Di Cataldo, Giorgio Floridia, Gianpiero Gamaleri, Gustavo Ghidini,
Andrea Guaccero, Mario Libertini, Francesco Macario, Roberto Mastroianni,
Giorgio Meo, Cesare Mirabelli, Enrico Moscati, Alberto Musso, Luca Nivarra,
Gustavo Olivieri, Cristoforo Osti, Roberto Pardolesi, Giuliana Scognamiglio,
Giuseppe Sena, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini

E

Margarita Castilla Barea, Cristophe Geiger, Reto Hilty, Ian Kerr, Jay P. Kesan,
David Lametti, Fiona MacMillan, Maximiliano Marzetti, Ana Ramalho,
Maria Páz Garcia Rubio, Patrick Van Eecke, Hong Xue

La rivista è stata fondata nel 2009 da Alberto M. Gambino ed è oggi pubblicata dall'Accademia Italiana del Codice di Internet (IAIC) sotto gli auspici del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo - Direzione generale biblioteche e istituti culturali (DGBIC) e dell'Università Europea di Roma con il Centro di Ricerca di Eccellenza del Diritto d'Autore (CREDA). Tutti i diritti sono dell'IAIC.

Comitato dei Valutazione Scientifica

EMANUELA AREZZO (Un. Teramo), EMANUELE BILOTTI (Un. Europea di Roma), FERNANDO BOCCHINI (Un. Federico II), ROBERTO BOCCHINI (Un. Parthenope), ORESTE CALLIANO (Un. Torino), LOREDANA CARPENTIERI (Un. Parthenope), LUCIANA D'ACUNTO (Un. Federico II), VIRGILIO D'ANTONIO (Un. Salerno), FRANCESCO DI CIOMMO (Luiss), PHILIPP FABBIO (Un. Reggio Calabria), MARILENA FILIPPELLI (Un. Tuscia), CESARE GALLI (Un. Parma), MARCO MAUGERI (Un. Europea di Roma), ENRICO MINERVINI (Seconda Un.), MARIA CECILIA PAGLIETTI (Un. Roma Tre), ANNA PAPA (Un. Parthenope), ANDREA RENDA (Un. Cattolica), ANNARITA RICCI (Un. Chieti), FRANCESCO RICCI (Un. LUM), GIOVANNI MARIA RICCIO (Un. Salerno), CRISTINA SCHEPISI (Un. Parthenope), BENEDETTA SIRGIOVANNI (Un. Tor Vergata), GIORGIO SPEDICATO (Un. Bologna), ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI (Un. Sannio), RAFFAELE TREQUATTRINI (Un. Cassino), DANIELA VALENTINO (Un. Salerno), FILIPPO VARI (Un. Europea di Roma), ALESSIO ZACCARIA (Un. Verona).

Norme di autodisciplina

1. La pubblicazione dei contributi sulla rivista "Diritto Mercato Tecnologia" è subordinata alla presentazione da parte di almeno un membro del Comitato di Direzione o del Comitato Scientifico e al giudizio positivo di almeno un membro del Comitato per la Valutazione Scientifica, scelto per rotazione all'interno del medesimo, tenuto conto dell'area tematica del contributo. I contributi in lingua diversa dall'italiano potranno essere affidati per il referaggio ai componenti del Comitato Scientifico Internazionale. In caso di pareri contrastanti il Comitato di Direzione assume la responsabilità circa la pubblicazione.

2. Il singolo contributo è inviato al valutatore senza notizia dell'identità dell'autore.

3. L'identità del valutatore è coperta da anonimato.

4. Nel caso che il valutatore esprima un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, il Comitato di Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio.

La Rivista adotta un Codice etico e di buone prassi della pubblicazione scientifica conforme agli standard elaborati dal Committee on Publication Ethics (COPE): Best Practice Guidelines for Journal Editors.

Comitato di Redazione – www.dimt.it – dimt@unier.it

ALESSANDRO ALBANESE GINAMMI, MARCO BASSINI, CHANTAL BOMPREZZI, FRANCESCA CORRADO, CATERINA ESPOSITO, GIORGIO GIANNONE CODIGLIONE, FERNANDA FAINI, MONICA LA PIETRA, SILVIA MARTINELLI, DAVIDE MULA (Coordinatore), ALESSIO PERSIANI, ROSARIA PETTI, MARTINA PROVENZANO (Vice-Coordinatore), MATILDE RATTI, CECILIA SERTOLI, SILVIA SCALZINI, ANDREA STAZI (Coordinatore)

Sede della Redazione

Accademia Italiana del Codice di Internet, Via dei Tre Orologi 14/a, 00197 Roma, tel. 06.3083855, fax 06.3070483, www.iaic.it, info@iaic.it

Le decisioni con impegni negli illeciti anticoncorrenziali plurisoggettivi

Maria Pia Pignalosa

Università degli studi di Roma “Foro Italico”

Sommario: 1. Premessa – 2. I destinatari della decisione di accettazione degli impegni – 3. La procedura di valutazione degli impegni nell’ipotesi di illecito plurisoggettivo – 4. Illecito plurisoggettivo, impegni ed azioni risarcitorie (cenni)

1. Premessa

L’art. 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287¹ contempla, quali ipotesi di illeciti anticoncorrenziali, le intese restrittive della libertà di concorrenza e l’abuso di posizione dominante.

Le prime hanno strutturalmente carattere plurisoggettivo² e, per coloro i quali ammettono la configurabilità di una posizione dominante collettiva³,

¹ D’ora in avanti, per comodità, la legge n. 287 del 10 ottobre 1990 sarà indicata semplicemente come “legge n. 287/1990”.

² Invero, la presenza di due o più imprese indipendenti, alle quali imputare la condotta anticompetitiva, rappresenta uno degli elementi costitutivi di un’intesa. Per una ricognizione sulla nozione di intesa, si veda, *inter alias*: P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna 2004, p. 44 e ss.; V. MANGINI, G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Giappichelli, Torino 2005², p. 25 e ss.; R. CAIAZZO, *Antitrust*, Giappichelli, Torino 2007, p. 69 e ss. In giurisprudenza si veda la decisione di Cons. St., sez. VI, 7 marzo 2008, n. 1009, resa nel caso *Prodotti disinfettanti*.

³ V. MANGINI, G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, cit., p. 66, muovendo dal dato letterale ammettono la configurabilità e la rilevanza di una posizione dominante collettiva. Al riguardo si osserva come il legislatore con l’art. 82 Tr. CE e con l’art. 3, l. n. 287/1990 prescriva che lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante può essere realizzato da «una o più imprese». La locuzione «più imprese» è stata interpretata, in dottrina come in giurisprudenza, nel senso di escludere l’imputabilità dei comportamenti anticoncor-

anche le seconde limitatamente a questa ipotesi. Sicché non può dubitarsi circa l'operatività dell'art. 14-ter anche nei procedimenti nei quali l'illecito *antitrust* ipotizzato sia attribuito a più soggetti.

Resta tuttavia incerto se, e secondo quali regole, la disposizione in questione possa operare in procedimenti volti all'accertamento delle condotte di cui agli artt. 2 e 3 della l. n. 287/90, o degli artt. 81 e 82 del Trattato CE, in ipotesi nelle quali, pur imputandosi l'illecito a più soggetti, gli impegni siano stati

renziali in esame ad una pluralità di imprese giuridicamente distinte, ma economicamente non indipendenti, come quelle che fanno parte di uno stesso gruppo, dal momento che il gruppo di imprese è stato condivisibilmente considerato, in sede di interpretazione, come impresa unica. Nello stesso senso anche J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions Under Regulation 1/2003: Legal Aspects of a New Kind of Competition Decisions*, in *Eur. Comp. L. R.* 2003, p. 350; M. LIBERTINI, *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 564, il quale identifica la posizione dominante collettiva con «ogni cartello forte e coeso, pienamente attuato dalle imprese aderenti». Questa interpretazione ha posto un problema di coordinamento con la norma *antitrust* sul divieto di intese che è stato risolto dall'Autore prospettando tra le due norme relative al divieto di intese e di divieto di abuso, una relazione di specialità: la posizione dominante collettiva presenterebbe un *quid pluris* rispetto all'intesa restrittiva della concorrenza, in quanto quest'ultima, per il semplice fatto della sua conclusione ed ancor prima dell'esecuzione, costituirebbe già infrazione al divieto; diversamente la posizione dominante collettiva presenterebbe in più, rispetto alle intese, «la circostanza della piena attuazione dell'accordo di cartello».

Dall'esame della giurisprudenza comunitaria si evince che per configurare l'esistenza di una posizione dominante collettiva è necessario accertare la presenza di tre requisiti: in primo luogo, ciascun componente l'oligopolio dominante deve poter conoscere il comportamento degli altri membri, al fine di verificare se essi adottino o meno la stessa linea di azione; in secondo luogo, è necessario che il coordinamento tacito possa conservarsi nel tempo, sussistendo un incentivo a non discostarsi dalla linea di condotta comune nel mercato; infine, la reazione prevedibile dei concorrenti effettivi e potenziali nonché dei consumatori non deve essere suscettibile di incidere sui risultati attesi dalla comune linea d'azione. Si vedano, in particolare, Tribunale di I grado CE, 26 gennaio 2005, causa C-193/02, *Laurent Piau*; Tribunale di I grado CE, 6 giugno 2002, causa T-342/99, *Airtours c. Commissione*, in *Raccolta*, p. 2585, punto 62; Tribunale di I grado CE, 8 luglio 2003, causa T-374/00, *Verband der freien Rohrwerke c. Commissione*, in *Raccolta*, p. 2275, punto 121.

Quanto ai criteri individuati dai giudici amministrativi per la configurazione di una posizione dominante collettiva, e quanto all'onere probatorio relativo alla stessa, si vedano: TAR Lazio, sez. I, 22 ottobre 2008, n. 12535 e n. 12536, relative al caso *TELE2/ TIM-VODAFONE-WIND*.

presentati soltanto da taluni di essi. Ciò in quanto il legislatore si limita a stabilire che l'Autorità, qualora valuti *idonei* gli impegni presentati dalle parti, possa, «*nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione*».

Occorre pertanto definire l'effettivo ambito di applicazione della norma in esame. L'obiettivo non si esaurisce nel verificare se l'Autorità possa procedere, ai sensi dell'art. 14-*ter*, anche qualora abbia ipotizzato la sussistenza di illeciti *antitrust* plurisoggettivi, ma gli impegni siano presentati soltanto da alcune parti del procedimento. Questa preliminare verifica è infatti suscettibile di ulteriori sviluppi, prospettando la necessità di appurare se l'*Antitrust*, ove abbia positivamente valutato gli impegni proposti solo da talune parti, debba agire separatamente – adottando cioè nei confronti di queste ultime una decisione parziale di chiusura dell'istruttoria, senza accertare l'infrazione (fermo restando l'accertamento per le altre imprese) – o, al contrario, possa chiudere il procedimento nei confronti di tutte le imprese e, quindi, anche nei confronti di quelle che non hanno presentato gli impegni o non li hanno presentati in modo adeguato.

2. I destinatari della decisione di accettazione degli impegni

Le questioni testé sollevate sono state affrontate e diffusamente motivate dall'Autorità con la decisione relativa al caso *TELE 2/ TIM-VODAFONE-WIND*, per alcune presunte violazioni degli artt. 81 e/o 82 del Trattato CE⁴.

Al riguardo, l'*Antitrust* ha affermato che «la decisione di accettazione degli impegni è adottata nei confronti di chi ha proposto l'impegno»⁵. Questa regola non può essere scalfita nel caso di una procedura avviata nei confronti di più soggetti per una stessa ipotesi di violazione della concorrenza,

⁴ Si veda, AGCM, provv. n. 17131 del 3 agosto 2007, A357 – *TELE 2/ TIM-VODAFONE-WIND*, in «Bollettino AGCM» n. 29/2007.

⁵ Cfr. AGCM, provv. n. 17131 del 3 agosto 2007, A357 – *TELE 2/ TIM-VODAFONE-WIND*, cit., § 371.

quando una sola impresa si sia attivata per la presentazione degli impegni. Ne conseguirebbe, secondo questa ricostruzione, che «l'effetto preclusivo all'accertamento dell'illecito ipotizzato, non può che valere esclusivamente nei confronti dell'impresa che ha presentato degli impegni ritenuti idonei».

Quanto sostenuto dall'Autorità suscita talune perplessità.

Muoviamo dalla prima affermazione: «*la decisione di accettazione degli impegni ha destinatari individuati, ed è adottata nei confronti di chi ha proposto l'impegno*». A questa conclusione si giungerebbe, ad avviso dell'Autorità garante, da una «piana lettura dell'art. 14-ter che tenga conto del significato proprio delle parole, secondo la connessione di esse, come impone il canone interpretativo espresso dall'art. 12 disp. prel. c.c.»⁶.

Tuttavia, dalla «piana lettura» della disposizione richiamata, non sembra evincersi che la decisione di accettazione degli impegni è adottata solo nei confronti di chi li ha proposti.

Invero, l'art. 14-ter, nel far riferimento alla proposta avanzata dalle imprese, e al carattere obbligatorio degli impegni per le imprese, parrebbe considerare, almeno quale ipotesi fisiologica, l'assunzione degli impegni da parte di tutte le imprese coinvolte nel procedimento istruttorio. E ciò è tanto più vero ove si osservi che l'Autorità, forse proprio nell'intento di chiarire il proprio orientamento interpretativo della disposizione in esame, ha specificato – nella *Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14 ter della legge n. 287/1990*⁷ – : «*le parti del procedimento istruttorio (...) che intendano proporre all'Autorità degli impegni (...)*» ed ancora «*la presentazione preliminare e quella definitiva degli impegni da parte delle imprese interessate avverrà mediante la compilazione di un formulario predisposto dall'Autorità (...)*».

⁶ Così AGCM, provv. n. 17131 del 3 agosto 2007, A357 – TELE 2/ TIM-VODAFONE-WIND, da ultimo citato.

⁷ Cfr. *Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14 ter della legge n. 287/1990*, in «Bollettino AGCM», n. 39/2006, con la quale l'Autorità ha inteso fornire alle parti interessate alcune prime delucidazioni circa le procedure da adottarsi nell'applicazione dell'art. 14-ter, l. n. 287/1990, tra cui figura anche la previsione di una consultazione pubblica.

L' *Antitrust*, pertanto, nel più ampio *genus* parti del procedimento istruttorio, ha circoscritto l'ambito di applicazione dell'art. 14-ter alle sole *parti interessate* alla presentazione degli impegni. Allo stesso modo, anche nel *considerando* n. 13 del reg. CE n. 1/2003 – cui la disciplina italiana è ispirata – vi è il richiamo alle *imprese interessate*. In particolare, il legislatore comunitario si è riferito alle imprese che propongono alla Commissione degli impegni tali da rispondere alle sue preoccupazioni, che la stessa dovrebbe poter rendere obbligatori «*per le imprese interessate*».

Giova al riguardo osservare che, per determinare il senso di una disposizione di legge, l'art. 12 disp. prel. impone di adottare, accanto al criterio letterale, anche quello logico, attribuendo ai due canoni ermeneutici uguale rilevanza⁸. In estrema sintesi: per interpretare il testo di legge e, quindi, individuarne l'ambito di applicazione, occorre sì comprendere il significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, ma è necessario anche accertare lo scopo oggettivo che il legislatore ha inteso perseguire, la c.d. *ratio legis*⁹.

In questa prospettiva, occorre muovere dalle disposizioni comunitarie alle quali il legislatore italiano si è ispirato nella formulazione dell'art. 14-ter e alle quali espressamente rinvia¹⁰.

⁸ Come si rileva in dottrina, l'unico primato che può riconoscersi all'esame testuale risiede nella naturale precedenza cronologica di esso: il primo contatto dell'interprete con la disposizione è necessariamente un contatto con le parole. Questa precedenza dell'analisi testuale non fa sì che l'interprete possa fermarsi al significato letterale della disposizione, senza accertarne anche l'aspetto funzionale, poiché entrambi sono necessari e hanno la medesima rilevanza. Si veda, in luogo di molti, E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*, Giuffrè, Milano 1949; R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli–Foro Italiano, Bologna–Roma 1974, p. 94; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano 1980; AA. VV., *L'interpretazione della legge*, in *Dieci lezioni introduttive ad un corso di diritto privato*, UTET, Torino 2006, p. 45.

⁹ Sul significato da attribuire all'espressione «*intenzione del legislatore*» contenuta nell'art. 12 disp. prel. cod. civ., si veda, *inter alias*, E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*, cit., p. 19; AA. VV., *L'interpretazione della legge*, in *Dieci lezioni introduttive ad un corso di diritto privato*, cit., p. 44.

¹⁰ Ad avviso di A. CATRICALÀ, *La modernizzazione del diritto comunitario della concorrenza: tendenze e prospettive in Italia*, in «*Rivista di diritto industriale*», 2006, IV, p.

Rammentato che l'art. 14-ter riconosce la facoltà all'Autorità Garante, valutata l'idoneità degli impegni, di «renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione» sempre «nei limiti dell'ordinamento comunitario»; affiora chiaramente l'implicito rinvio al reg. CE n. 1/2003, che vale dunque a circoscrivere il potere discrezionale dell'Autorità di chiudere il procedimento¹¹.

Si aggiunga poi che il *considerando* 13 e l'art. 9 del regolamento ora richiamato prescrivono che gli impegni siano «tali da rispondere alle preoccupazioni» della Commissione e che «siano volti a far cessare una infrazione». «Le decisioni concernenti gli impegni dovrebbero accertare che l'intervento della Commissione non è più giustificato, senza giungere alla conclusione dell'eventuale sussistere o perdurare di un'infrazione». La chiusura del procedimento con impegni non è invece «opportuna nei casi in cui la Commissione intenda comminare una ammenda»¹².

149, la *ratio* delle decisioni di accettazione degli impegni è spiegata proprio nel *considerando* 13 del reg. n. 1/2003. Il Presidente Catricalà, nella *Relazione annuale* (Roma 24 giugno 2008), dopo aver ricordato che le procedure di accettazione degli impegni costituiscono «mezzi efficaci per attuare una politica della concorrenza che voglia effettivamente incidere», ne elenca i molteplici vantaggi: l'amministrazione ottiene subito comportamenti virtuosi nel mercato; i procedimenti sono più celeri e meno costosi; si evitano le incertezze dell'*iter* giurisdizionale che immancabilmente segue l'irrogazione di una sanzione. L'istituto, pertanto, si avvicina al mondo delle imprese con spirito costruttivo.

¹¹ Si evidenzia che il richiamo ai *limiti* fissati dall'ordinamento comunitario indica, già di per sé, che l'istituto non è di generale applicazione, ma il suo ambito di applicazione conosce delle limitazioni. Si veda in questo senso, P. CASSINIS, *I nuovi poteri dell'Autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement*, in «Contratto e impresa/Europa», 2006, p. 723.

Il TAR Lazio (con le sentenze del 22 aprile 2009, n. 281 e n. 244, rese nel caso A391 – *Servizi di soccorso autostradale* e con le sentenze del 4 dicembre 2007, n. 12457 e n. 12460, rese nel caso I649 – *Produttori pannelli truciolari*), ha espressamente affermato che l'art. 14-ter «ha attribuito all'Autorità un potere discrezionale, da esercitare nei limiti dell'ordinamento comunitario».

¹² Si veda in particolare il *memorandum* interpretativo dell'art. 9 del Reg. 1/2003, pubblicato dalla Commissione il 17 settembre 2004, MEMO/04/217: *Commitment decisions – Article 9 of Council Regulation 1/2003 providing for a modernised framework for anti-trust scrutiny of company behaviour*.

L'unico limite di opportunità all'adozione di una decisione con impegni è, secondo la Commissione, quello dei procedimenti riguardanti i cartelli segreti c.d. «*hardcore*».

Anche i giudici amministrativi¹³ affermano la necessità di rispettare il *considerando* 13 del reg. CE n. 1/2003, che sconsiglia l'accettazione degli impegni quando si intenda irrogare una sanzione pecuniaria: vale a dire nei casi di intese che, al momento dell'adozione della decisione sugli impegni, appaiono di rilevante gravità (così dette violazioni *hard core*), e rispetto alle quali la loro accettazione priverebbe la sanzione della propria efficacia deterrente.

In particolare, si osserva che la valutazione preliminare di “gravità” dell'abuso costituisce solo un limite di opportunità ai fini dell'adozione di una decisione con impegni e non già un vincolo imposto *ex lege*, essendo in definitiva rimessa alla discrezionalità della Commissione e delle Autorità nazionali di concorrenza, «*l'individuazione delle proprie priorità di intervento*»¹⁴.

L'Autorità garante, in linea con l'orientamento comunitario, ha riconosciuto la forte nocività delle intese *hard core*, come si evince dalla Relazione annuale sull'attività svolta (Roma 24 giugno 2008) ove il Presidente Catricalà ha affermato che «i cartelli non sono peccati veniali; sono gravi misfatti contro la società perché corrompono la libera competizione delle forze economiche sul mercato». «La via maestra per perseguire intese e abusi con caratteri di gravità resta l'ordinaria procedura coattiva di accertamento dell'illecito».

In particolare, l'Autorità, nel caso *Vernici Marine* – l'unico per il quale è stato pubblicato un provvedimento di rigetto degli impegni – ha ritenuto gli impegni proposti non idonei, osservando che gli stessi si riferiscono a delle condotte che integrano un'intesa orizzontale segreta, avente per oggetto o per effetto la ripartizione del mercato e la fissazione dei prezzi, suscettibile di produrre gravi restrizioni della concorrenza; ed inoltre, gli stessi incidono su condotte che hanno già compiutamente realizzato i loro effetti restrittivi. Nel merito, poi, ad avviso dell'Autorità, le misure correttive presentate non possono ritenersi né idonee, né sufficienti a far venir meno i profili anticoncorrenziali dell'istruttoria e non risultano suscettibili di un'attuazione piena, tempestiva e facilmente verificabile (si vedano i *considerando* del provvedimento di rigetto degli impegni emesso da AGCM, provv. n. 16151 del 15 novembre 2006, I646 – *Produttori Vernici Marine*, in «Bollettino AGCM», n. 46/2006). Dalla Relazione Annuale per l'anno 2006 (Roma 26 giugno 2007), si evince che, oltre al provvedimento di rigetto degli impegni, relativo al caso *Vernici Marine*, ve ne sono stati altri che non sono stati pubblicati, in quanto non rientrano tra quelli esplicitamente previsti dall'art. 26 della legge 287 del 1990, rubricato «Pubblicità delle decisioni».

¹³ TAR Lazio, sez. I, 23 aprile 2009, n. 281 e n. 244, rese nel caso A391 – *Servizi di soccorso autostradale*; TAR Lazio, sez. I, 4 dicembre 2007, n. 12457, e n. 12460, rese nel caso I649 – *Produttori pannelli truciolari*.

¹⁴ TAR Lazio, sez. I, 7 aprile 2008, n. 2900. Lo stesso Consiglio di Stato, nella decisione

Inoltre, alcuni interpreti¹⁵ evidenziano che negli ultimi anni una parte consistente delle istruttorie ha riguardato intese orizzontali.

Concentrando l'attenzione sulle intese così dette *hard core*, si nota che in pochissimi casi l'Autorità è riuscita a reperire prove dirette della violazione. A questo proposito non sono mancati interventi dei giudici amministrativi che hanno reso più difficile il lavoro dell'Autorità. Basti pensare alla sentenza del Consiglio di Stato relativa al caso *Gas Tecnici*, con la quale si è affermato che l'onere della prova richiede da parte dell'Autorità la dimostrazione di un coordinamento tra i vertici delle società coinvolte, in assenza del quale è stato ritenuto inverosimile, relativamente al caso esaminato, che possa perpetrarsi per oltre tredici anni una intesa su scala nazionale volta alla sistematica ripartizione della clientela in base al principio della pertinenza¹⁶. Nello stesso senso, è opportuno ricordare la decisione del Consiglio di Stato, concernente il caso *Assicurazioni rischi di massa*¹⁷, poi superata dagli stessi giudici amministrativi nel 2001, nella quale si sosteneva che, per ricadere nella categoria dell'accordo, il comportamento illecito dovesse essere tenuto da un soggetto legittimato ad agire per conto della società. Questo orientamento è stato poi abbandonato dallo stesso Consiglio di Stato, con la decisione relativa al caso *Assicurazione rischi comune di Milano*¹⁸, nella quale si afferma che la condotta da parte del solo dipendente, accompagnata dal conseguente comportamento della società, è sufficiente a rendere gli impegni assunti riferibili alla società.

Giova evidenziare che con l'art. 14-ter in esame, il legislatore italiano non si è limitato a richiamare i limiti comunitari, ma, nell'intento di introdurre

relativa al caso *Riformamenti aeroportuali*, a sua volta ribadisce che le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui l'Autorità intenda comminare un'ammenda e ciò all'evidente fine di evitare che l'accettazione degli impegni diventi solo un modo per evitare la sanzione, diminuendone così l'efficacia deterrente. In questo senso, si veda Cons. St., 20 febbraio 2008, n. 597.

¹⁵ F. GHEZZI, *Strumenti e obiettivi nell'enforcement della disciplina delle intese: la recente esperienza italiana*, in «*Rivista delle società*», 2008, p. 1425.

¹⁶ Cons. St., sez. VI, 7 marzo 2008, n. 1006, relativa al caso *Gas Tecnici*.

¹⁷ Cons. St., sez. VI, 30 dicembre 1996, n. 1792.

¹⁸ Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1189 e 1192.

re una procedura volta ad ottenere una tempestiva modifica in senso virtuoso delle condotte delle imprese e, dunque, un miglior funzionamento del mercato, ha autonomamente stabilito che gli impegni devono essere «*tali da far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria*»¹⁹.

Il collegamento tra l'impegno e i profili anticoncorrenziali emerge chiaramente, sia dal tenore letterale della disposizione, sia dalla sua *ratio*. E infatti gli impegni possono essere giudicati *idonei* dall'Autorità a condizione che le misure correttive proposte dalle parti si rivelino pertinenti all'oggetto del procedimento e funzionali alla soluzione del problema evidenziato dall'Autorità²⁰.

¹⁹ L'ordinamento giuridico rinuncia all'accertamento dell'infrazione, ed ai conseguenti riflessi sanzionatori, a fronte di una pronta soluzione ai problemi concorrenziali. Cfr. L. FIORENTINO, *Autorità Garante ed interventi a tutela dei consumatori*, intervento al Convegno «*Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*», Treviso, 22-23 maggio 2008; nonché C. RABITTI BEDOGNI, *Convergenze senza primato: verso un modello condiviso*, intervento al medesimo Convegno, osserva che, con l'accettazione degli impegni, il profilo di tutela dell'interesse pubblico si disgiunge dalla sorte dell'illecito eventualmente realizzato, che diviene indifferente per l'amministrazione, prevalendo per essa l'interesse all'immediato ed effettivo ristabilirsi dell'equilibrio concorrenziale, salvi gli accertamenti in sede giurisdizionale; adde G. LECCISI, *Brevi note in tema di impegni antitrust*, in «Giustizia amministrativa» 2007, I, p. 13, per il rilievo che la decisione con impegni possa considerarsi frutto di un bilanciamento tra diversi interessi: da un lato, quelli alla speditezza e celerità del procedimento *antitrust*, alla rapida interruzione del comportamento presumibilmente illecito ed alla sottrazione da parte dell'impresa alla sanzione; dall'altro, quelli alla deterrenza della sanzione, alla chiarezza dell'interpretazione dei comportamenti anticoncorrenziali, al ripristino della situazione *quo ante*, alla promozione di azioni, anche risarcitorie da parte di terzi.

La stessa giurisprudenza amministrativa ha precisato come il diritto *antitrust* non abbia funzione meramente punitiva, ma sia finalizzato più a correggere le distorsioni del mercato che a reprimere una condotta (Cons. St., sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5368; TAR Lazio, sez. I, 7 aprile 2008, n. 2902; TAR Lazio, sez. I, 29 dicembre 2007, n. 14157).

²⁰ Si vedano in questi termini le recenti pronunce dei giudici amministrativi: TAR Lazio, sez. I, 22 aprile 2009, n. 281 e n. 244, cit., ove, in particolare, si osserva come il dato letterale reso palese dalla disposizione dell'art. 14-*ter* in esame, «consenta di apprezzare il nesso di implicazione e/o presupposizione che ricongiunge (l'accettazione de) gli impegni che le parti possono proporre all'attenzione dell'Autorità all'esigenza di eliminare i profili anticompetitivi presi in considerazione all'atto dell'apertura dell'istruttoria». Ad avviso dei giudici amministrativi la «proporzionalità, l'adeguatezza e la non eccedenza» sono i criteri che presidiano il corretto esercizio dei poteri di cui all'art. 14-*ter*. Nello

D'altronde, il collegamento in questione è sì rilevante, ma non può legittimamente affermarsi che le misure correttive proposte dalle parti possano condurre alla chiusura anticipata del procedimento solo se suscettibili di eliminare *tout court* le conseguenze dell'illecito con effetti retroattivi²¹. Pur non potendosi escludere che ciò possa accadere²², è necessaria particolare cautela nell'additare l'effetto reintegratorio a vero e proprio criterio alla cui stregua valutare la idoneità degli impegni.

Il tenore letterale della disposizione – «*far venir meno*» –, ma ancor di più la *ratio* dell'istituto, militano piuttosto nel senso di una valutazione dell'idoneità dell'impegno in relazione alla sua effettiva idoneità a ripristina-

stesso senso anche: TAR Lazio, Sez. I, 7 aprile 2008, n. 2902.

Per una rassegna delle pronunce del TAR del Lazio sull'applicazione dell'art. 14-ter, si veda: G. MANGIONE, *Le prime sentenze del Tar del Lazio sulle «decisioni con impegni» dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in «Rivista delle società», 2008, p. 627.

In dottrina, sul punto, F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in «Giurisprudenza commerciale», 2008, I, p. 120, ove osserva che è proprio nella pertinenza degli impegni alle conseguenze economiche del comportamento sanzionabile che può racchiudersi il senso del legame tra impegno e danno alla concorrenza; è in essa che può incentrarsi il canone di ragionevolezza e proporzionalità; G. BRUZZONE, A. SAJA, *Misure cautelari e decisioni con impegni nell'applicazione delle regole antitrust: i presupposti e le garanzie*, in «Contratto e impresa/ Europa», 2007, p. 279.

Mentre i requisiti dell'efficacia e della pertinenza si evincono dal tenore letterale dell'art. 14-ter, l. n. 287/1990, la proporzionalità e la necessità troverebbero il proprio addentellato normativo nell'art. 7 del reg. n. 1/2003. Sul percorso argomentativo che ha condotto la dottrina a considerare anche la proporzionalità e la necessità requisiti indispensabili per la valutazione dell'idoneità degli impegni, si rinvia al § 5 del contributo di D. GIURATO.

²¹ Così, F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie*, cit., p. 125, il quale evidenzia che la funzione dell'istituto, così come dell'intero diritto *antitrust*, non è risarcitoria e non guarda al passato, bensì al futuro.

²² Emblematico il caso *Glaxo* (AGCM, provv. n. 15175 dell'8 febbraio 2006, A363 – *Glaxo-Principi attivi*, in «Bollettino AGCM» n. 6/2006), ove l'Autorità ha deliberato che la condotta tenuta spontaneamente da parte di Glaxo Group, non solo ha posto fine alle violazioni dell'art. 82 Tr. CE, ma è stata altresì idonea ad impedire il prodursi di effetti distorsivi della concorrenza che si sarebbero determinati nei mercati rilevanti, ripristinando un contesto concorrenziale equivalente a quello che si sarebbe verificato in assenza di qualsiasi abuso.

re per il futuro un contesto concorrenziale, non già ad assicurare una sorta di risarcimento in forma specifica del danno alla concorrenza²³.

Questa impostazione appare del resto condivisa anche dai giudici amministrativi²⁴, che hanno affermato che l'accettazione degli impegni richiede «una soluzione efficace per il futuro alle preoccupazioni concorrenziali oggetto dell'istruttoria»: in quest'ottica, si è individuato l'ambito naturale di applicazione dell'art. 14-ter in comportamenti la cui contrarietà alla legge non è stata ancora accertata e che destano nell'attualità preoccupazione sotto un profilo concorrenziale per gli eventuali riflessi sul mercato, piuttosto che in profili anticoncorrenziali già venuti meno al momento dello svolgimento dell'istruttoria²⁵.

²³ F. CINTIOLI, *Le nuove misure*, cit., p. 115, osserva che se l'istituto fosse legato ad una logica strettamente reintegratoria (ossia l'impegno deve dare esattamente ciò che l'illecito ha tolto), richiederebbe accertamenti impossibili, oppure diverrebbe arbitraria la valutazione sull'eliminazione dei profili anticoncorrenziali.

Si veda, per una diversa interpretazione, quanto è stato affermato dal Presidente Catricalà nel suo intervento in occasione del Convegno “*Tutela della concorrenza tra poteri regolativi delle Autorità indipendenti e controlli giurisdizionali*”, tenutosi alla Università LUISS “Guido Carli”, nel gennaio 2007 (ora in A. CATRICALÀ, *Il ruolo della Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, 2, p. 704). Invero, il Presidente, nel sottolineare l'importanza del nuovo strumento degli impegni, ha affermato che gli stessi «devono essere adeguati a riportare la situazione di mercato in una condizione quale sarebbe stata se non ci fosse stato l'illecito; quindi costituiscono una riduzione in pristino che non avremmo avuto con la semplice sanzione».

²⁴ Cfr. TAR Lazio, sez. I, 29 dicembre 2007, n. 14157, secondo cui, ove l'intesa sia già venuta meno al momento di svolgimento dell'istruttoria, al fine di evitare che la presentazione di impegni non abbia apprezzabili risultati concreti, risolvendosi in *quid vacui*, ma sia indirizzata essenzialmente ad evitare l'accertamento della violazione *antitrust* e la conseguente irrogazione della sanzione, l'accettazione degli impegni dovrebbe postulare la verifica della loro idoneità alla riparazione con effetti retroattivi delle condotte poste in essere. Diversamente, verrebbe disattesa la *ratio* della norma in quanto gli impegni devono essere tali da «far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria», finalità che, nel caso di intesa non più attuale, ma già cessata, può essere realizzata soltanto, per quanto possibile, attraverso la riparazione con effetto *ex tunc* dei comportamenti anticoncorrenziali adottati.

²⁵ Dall'esame delle decisioni di accettazione degli impegni adottate dall'Autorità, si evince come queste ultime siano preferite ogni qualvolta gli impegni, oltre a rimuovere i profili anticoncorrenziali rilevati, abbiano anche l'effetto di migliorare le condizioni di mercato, la competitività e l'offerta ai consumatori; abbiano cioè una finalità pro-concorrenziale. Si

3. La procedura di valutazione degli impegni nell'ipotesi di illecito plurisoggettivo

È necessario, inoltre, comprendere se l'Autorità – nel giudicare l'idoneità degli impegni proposti da una sola impresa, in ipotesi di illecito plurisoggettivo – debba verificare la capacità degli stessi di eliminare, nella loro globalità e oggettività, i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria, rimuovendo ogni possibile alterazione delle regole concorrenziali; o, di contro, debba operare un apprezzamento individuale degli impegni proposti dalla singola impresa, esaminando l'idoneità a far cessare i profili anticoncorrenziali relativi a quella determinata impresa, senza verificare la capacità di incidere sulla condotta illecita di tutte le altre parti del procedimento.

La questione è oltremodo controversa.

Alcuni interpreti, proprio muovendo dalla *ratio* della norma, ritengono che gli impegni offerti da una sola delle parti del procedimento istruttorio possano essere ritenuti idonei, ai sensi dell'art. 14-ter, solo allorquando siano suscettibili di eliminare la condotta illecita di tutte le parti del procedimento, o di impedire anche a chi non ha presentato gli impegni di continuare a violare il diritto della concorrenza. Il criterio di valutazione della idoneità degli impegni dovrebbe essere *oggettivo* e *globale*, con il risultato che l'eventuale chiusura gioverà a tutti i soggetti del procedimento²⁶. Diversamente, si osserva, verreb-

veda in questo senso la decisione relativa al caso *Merck Principi attivi* (AGCM, provv. n. 16597 del 21 marzo 2007, A364 – *Merck Principi attivi*, in «Bollettino AGCM», n. 11/2007. Sul punto, in dottrina, G. OLIVIERI, *I nuovi poteri cautelari dell'AGCM tra diritto comunitario e diritto interno*, in «Mercato concorrenza e regole», 2007, p. 51; L. DI VIA, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'AGCM*, in «Mercato concorrenza e regole», 2007, p. 241; F. GHEZZI, *Strumenti e obiettivi*, cit., p. 1422, ove si rilevano i rischi connessi ad un utilizzo degli impegni da parte dell'Autorità *in senso eccessivamente finalistico*, in favore della tutela dei consumatori.

²⁶ Cfr., in questo senso, M. SIRAGUSA, E. GUERRI, G. FAELLA, *Gli impegni e le misure cautelari*, in AA. VV., *Recenti innovazioni in materia antitrust* (Atti del convegno tenutosi a Firenze, Palazzo Incontri, 2 marzo 2007), a cura di F. Cintioli e F. Donati, *Quaderni CESI-FIN*, Giappichelli, Torino 2007, p. 50. Si pensi al caso di comportamenti paralleli plurisoggettivi (ad esempio: rifiuto concertato di contrarre). La rottura del parallelismo da parte di uno o più soggetti può essere sufficiente a «far venir meno i profili anticoncorrenziali og-

bero meno le ragioni di economia procedimentale e di pronta modifica della situazione di mercato, che costituiscono i motivi ispiratori della procedura.

Altra corrente di pensiero ritiene invece imprescindibile una definizione casistica della questione, in quanto, se è possibile individuare illeciti in relazione ai quali la rottura del parallelismo da parte di uno o più soggetti possa essere ritenuta sufficiente a «*far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria*», ben vi potrebbero essere casi nei quali solo il comportamento di tutti i soggetti interessati sia suscettibile di rimuovere l'antigiuridicità della condotta.

Spetterebbe dunque all'Autorità valutare in concreto, in relazione alla tipologia di illecito plurisoggettivo ipotizzato, se gli impegni presentati da un'impresa dispieghino i loro effetti anche nei confronti delle altre parti del procedimento istruttorio, esprimendo nella propria decisione una motivazione delle conclusioni alle quali giunge²⁷.

Vi è infine chi, muovendo dalla considerazione secondo la quale l'impegno «non guarda al passato e non elimina il fatto anticoncorrenziale», sostiene che, nel caso in cui sia proposto da una sola parte, non possa ridonare anche a favore delle altre che non hanno modificato in nulla la loro posizione procedimentale. In particolare, si osserva che, qualora l'impegno presentato da un'impresa sia ritenuto idoneo, nei confronti delle altre parti del procedimento rimaste inerti, si dovrebbe avere una sorta di stralcio sog-

getto di istruttoria». Con la rottura dell'equilibrio che si era precedentemente creato, ad avviso degli Autori, una decisione che lasci aperta la possibilità di un accertamento dell'infrazione in capo ad altri soggetti che sono parte del procedimento, potrebbe o non essere ammissibile, in quanto si trasformerebbero le decisioni in materia di impegni nell'applicazione di programmi di clemenza o patteggiamenti, oppure potrebbe essere ammissibile, ma di scarsa utilità nei confronti delle imprese che invece hanno assunto degli impegni. Cfr., inoltre, M. LIBERTINI, *Le decisioni "patteggiate" nei procedimenti per illeciti antitrust*, in «Giornale di diritto amministrativo», 12, 2006, p. 1289, il quale osserva che se l'Autorità si trovasse nella condizione di dovere comunque proseguire l'istruttoria e portarla a compimento, perché qualcuna delle parti non intende presentare impegni, non si giustificerebbe una estromissione dal procedimento a favore degli altri soggetti; questa assumerebbe in questo caso solo una funzione di premio per il comportamento collaborativo, ma non consentirebbe di realizzare a pieno la finalità della norma.

²⁷ L. DI VIA, *Le decisioni con impegni*, cit., p. 252.

gettivo, procedendo nei loro riguardi per accertare la sussistenza dell'illecito ipotizzato²⁸.

Proprio in quest'ultimo senso si è pronunciata anche l'Autorità garante, in ipotesi illeciti plurisoggettivi, e segnatamente nei casi *TELE 2/ TIM-VODAFONE-WIND* ed *ADS Accertamenti diffusione stampa-AUDIPRESS*: a fronte della medesima condotta posta in essere da imprese o da associazioni di imprese, l'Autorità ha accettato gli impegni presentati solo da una parte del procedimento istruttorio, mentre ha accertato la violazione nei confronti delle altre alle quali ha irrogato una sanzione²⁹. Si è poi affermato che, nel caso di una procedura istruttoria iniziata nei confronti di più soggetti per una stessa ipotesi di violazione delle regole di concorrenza, gli effetti tipici del provvedimento di cui all'art. 14-ter, come ricavabili dalla disciplina nazionale, da un lato, e «la necessità di operare una valutazione individualizzata del comportamento delle imprese, dall'altro, impongono di scindere la posizione dell'impresa che ha presentato gli impegni, da quella delle altre, che sono rimaste inerti»³⁰.

Questa necessaria scissione rende ineludibile per l'*Antitrust* l'accertamento ordinario nei confronti delle imprese che non hanno presentato alcun impegno, non sussistendo nei loro confronti alcun valido titolo giuridico per giustificare l'interruzione della procedura la cui conclusione per l'Autorità è doverosa.

²⁸ Cfr. F. CINTIOLI, *op cit.*, p. 125.

²⁹ V., in particolare, AGCM, provv. n. 17131 del 3 agosto 2007, A357 – *TELE2/ TIM-VODAFONE-WIND*, cit.; AGCM, provv. n. 16474 del 21 febbraio 2007, I651 – *ADS Accertamenti Diffusione Stampa-Audipress*, in «Bollettino AGCM» n. 7/2007; AGCM, provv. n. 16808 del 17 maggio 2007, I651 – *ADS Accertamenti Diffusione Stampa-Audipress*, in «Bollettino AGCM» n. 19/2007.

Come osserva F. GHEZZI, *op. cit.*, p. 1417, mentre nel procedimento avviato nei confronti di ADS e di Audipress, l'Autorità ha inferto una sanzione «simbolica», in quello contro *TELE2/ TIM-VODAFONE-WIND*, la condotta delle parti all'esito dell'accertamento è stata definita «grave», e le imprese sono state sanzionate in modo incisivo.

³⁰ V., in questi termini, AGCM, provv. n. 17131 del 3 agosto 2007, A357 – *TELE2/ TIM-VODAFONE-WIND*, cit., § 374 del provvedimento.

Peraltro, nell'impostazione dell'Autorità, questo esito sarebbe reso necessario proprio dall'art. 14-ter che, introducendo una procedura in deroga³¹ a quella ordinaria di accertamento, non può che essere interpretato restrittivamente, circoscrivendone la portata solo a coloro che sono formalmente i destinatari diretti della decisione³².

Simile soluzione è inoltre coerente con il principio della necessaria valutazione individuale delle condotte delle imprese coinvolte nella procedura, principio tipico in tema di illecito amministrativo, che l'Autorità è tenuta ad applicare atteso il richiamo alla legge n. 689/1981, contenuto nell'art. 31 della legge n. 287/1990³³.

³¹ C. RABITTI BEDOGNI, *Convergenze*, cit., p. 4 del dattiloscritto, qualifica il procedimento disciplinato dall'art. 14-ter alla stregua di una possibilità di deroga al normale procedimento di accertamento degli illeciti disciplinato dagli artt. 14 e ss. della l. n. 287/1990; del medesimo parere, P. CASSINIS, *I nuovi poteri*, cit., p. 723, il quale specifica che la presentazione degli impegni e la loro successiva valutazione, nell'ambito di un procedimento istruttorio, rappresenta una fase *eventuale* e *derogatoria* rispetto al normale iter dell'istruttoria che l'Autorità ha avviato per accertare una determinata infrazione *antitrust*; C. LA CAVA, *Misure cautelari, decisioni con impegni, programmi di clemenza: la prima attuazione nel diritto antitrust italiano*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2007, 6, p. 677, ravvisa come la possibilità di chiudere il procedimento senza accertamento dell'illecito rappresenti un'eccezione alle regole generali del procedimento amministrativo sanzionatorio e quindi «susceptibile di interpretazioni estensive ed analogiche solo all'interno del diritto *antitrust* comunitario e nazionale».

³² Cfr. AGCM, 3 agosto 2007, n. 17131, A357 – *TELE2/TIM-VODAFONE-WIND*, cit., § 373 del provvedimento.

³³ L'Autorità è giunta alla conclusione descritta sia in un caso di presunta violazione delle regole della concorrenza, realizzata attraverso una condotta comune da parte di imprese in posizione di dominanza collettiva, sia in caso di presunta violazione realizzata attraverso due distinte intese restrittive della concorrenza. Al riguardo si segnalano i citati provvedimenti: AGCM, provv. n. 17131 del 3 agosto 2007, A357 – *TELE 2/TIM-VODAFONE-WIND*, in «Bollettino AGCM», n. 29/2007; AGCM, provv. n. 16474 del 21 febbraio 2007, I651 – *ADS Accertamenti diffusione stampa-AUDIPRESS*, in «Bollettino AGCM», n. 7/2007.

Segnatamente nel caso *Audipress*, l'Autorità aveva avviato il procedimento istruttorio nei confronti delle due associazioni *ADS* ed *Audipress*, per accertare l'esistenza di due distinte intese restrittive della concorrenza. L'Autorità a fronte degli impegni presentati solo da *Audipress*, ritenendoli idonei a far venir meno i profili concorrenziali oggetto dell'istruttoria, ha chiuso il procedimento solo nei confronti di questa ultima. Il procedimento volto all'accertamento dell'illecito è invece proseguito nei confronti di *ADS*, che è

Sulle posizioni dell’Autorità circa l’incidenza dell’accettazione degli impegni sul procedimento ordinario di accertamento dell’illecito a carico dei soggetti che non hanno presentato impegni si registra sostanziale convergenza nella giurisprudenza amministrativa, che afferma la necessità di una «valutazione individualizzata» del comportamento delle imprese, in quanto coerente con la configurazione di illecito amministrativo delle condotte rilevanti ai fini *antitrust*³⁴.

Va segnalato, per converso, che la Commissione europea, in ipotesi di illeciti *antitrust* plurisoggettivi, ha accolto gli impegni presentati da una sola parte (*De Beers*), ove ne ha ravvisato l’idoneità a rimuovere le “preoccupazioni” sul piano della concorrenza anche nei confronti dell’impresa rimasta inerte (*Alrosa*), e ha chiuso la procedura istruttoria nei confronti di entrambe³⁵.

stata ritenuta responsabile di una violazione grave all’art. 81 del Trattato, e sanzionata con una multa determinata in funzione dei contributi associativi. Il procedimento istruttorio si è pertanto chiuso con due diversi provvedimenti: uno di accettazione degli impegni nei confronti di *Audipress* ed uno di condanna per *ADS* (sul diverso esito che hanno avuto le due intese, si vedano le considerazioni di L. DI VIA, *Le decisioni*, cit., p. 244; ed inoltre, F. GHEZZI, *op. cit.*, 1417).

³⁴ Cfr., a tal proposito, TAR Lazio, sez. I, 7 aprile 2008, n. 2900 e TAR Lazio, 7 aprile 2008, sez. I, n. 2902.

³⁵ V., ad esempio, la decisione della Commissione del 22 febbraio 2006, caso *COMP/B-2/38.381-De Beers*, e la decisione della Commissione del 12 aprile 2006, caso *COMP/B-17/38.348-REPSOL*, disponibili sul sito: http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/index/by_nr_76.html#i38_381 Segnatamente, nel caso “De Beers” la Commissione ha esaminato una relazione di acquisto esistente tra i due maggiori produttori di diamanti grezzi: il gruppo societario De Beers ed il produttore Alrosa Company.

Le riserve formulate dalla Commissione per presunta violazione dell’art. 82 del Trattato CE, riguardavano un accordo commerciale tra De Beers ed Alrosa, in virtù del quale quest’ultima si obbligava a fornire alla prima ingenti quantitativi di diamanti grezzi, con l’effetto di renderne più difficile per i terzi l’approvvigionamento. La Commissione ha accolto gli impegni presentati dalla sola De Beers ritenendoli *sufficienti a dissipare le riserve formulate in termini di concorrenza* ed ha chiuso il procedimento istruttorio anche nei confronti di Alrosa, nonostante la stessa non abbia presentato alcun impegno. Si veda inoltre, sul caso Alrosa, Tribunale di Primo grado CE, 11 luglio 2007, causa T-170/06, *Alrosa Company Ltd c. Commissione*, ove il Tribunale afferma la necessità del rispetto rigoroso, da parte della Commissione, del principio di proporzionalità anche nel contesto delle decisioni sugli impegni. Sul punto si veda C. OSTI, *Un giudice a Berlino: equità ed efficienza nel riesame giudiziale dei provvedimenti dell’Autorità della concorrenza*, in

4. Illecito plurisoggettivo, impegni ed azioni risarcitorie (cenni)

Analizzando il rapporto tra l'istituto degli impegni e l'*antitrust private enforcement*, si rileva in dottrina come l'orientamento adottato dall'Autorità italiana, in caso di illeciti plurisoggettivi, possa frustrare l'interesse delle imprese a proporre misure correttive suscettibili di eliminare i *profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria*.

Invero, muovendo dalla convinzione secondo la quale il maggiore incentivo per le imprese a formulare impegni è dato — oltre che dall'interesse reputazionale e patrimoniale a far sì che il procedimento si chiuda rapidamente e senza ammende — anche dall'intento di evitare la formazione di un atto amministrativo di accertamento dell'illecito *antitrust*, si osserva che una decisione parziale di accettazione degli impegni potrebbe vanificare quest'ultimo interesse³⁶.

Sebbene l'ordinamento italiano non preveda alcuna regola di stretto automatismo³⁷ tra accertamento dell'illecito anticoncorrenziale e fondatezza

«Giurisprudenza commerciale», 2008, 5, p. 889.

In dottrina, il caso *De Beers* è indicato proprio da quegli Autori che sostengono che gli impegni offerti da una sola parte possono sicuramente essere accolti in una decisione *ex art. 14-ter* della l. n. 287/90, quando siano tali da eliminare la condotta illecita di tutte le parti o da impedire, anche a chi non ha offerto impegni, di continuare a violare il diritto della concorrenza (M. SIRAGUSA, E. GUERRI, G. FAELLA, *Gli impegni e le misure cautelari*, cit. p. 51).

³⁶ In questi termini, M. LIBERTINI, *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito di impegni delle imprese interessate (art. 14-ter, l. 10 ottobre 1990, n. 287)*, in AA. VV., *I nuovi strumenti di tutela antitrust*, a cura di F. Cintioli e G. Olivieri, Giuffrè, Milano 2007, p. 27; ID, *Le decisioni "patteggiate"*, cit., p. 1289; M. BOCCACCIO, A. SAIJA, *La modernizzazione dell'Antitrust. La decisione con impegni*, cit., p. 296, ove si rileva che l'assenza di accertamento di responsabilità della parte fa sì che la decisione adottata in base all'art. 9 del reg. n. 1/2003 non possa costituire il fondamento di un'azione di risarcimento dei danni, e ciò può rappresentare per le imprese un incentivo ad offrire alla commissione l'assunzione di impegni al fine di concludere il procedimento.

³⁷ Invero, l'art. 2043 c.c., disposizione cardine del sistema della tutela risarcitoria, richiede la prova di tutti i requisiti in essa previsti, tra cui il nesso causale tra il fatto illecito ed il danno subito.

Per una critica alla teoria del danno *in re ipsa*, secondo la quale non ci sarebbe più bisogno di affaticarsi sul nesso di causalità, si vedano le efficaci considerazioni di A. FRI-

dell'azione di risarcimento del danno patito dai terzi (imprenditori o consumatori)³⁸, la giurisprudenza³⁹ considera il provvedimento adottato dall'Autorità, ai sensi dell'art. 15 l. n. 287/1990, uno strumento sufficiente a provare in giudizio l'avvenuta violazione delle regole a tutela della concorrenza⁴⁰.

GNANI, *Diritto della concorrenza. L'insufficienza dei modelli sanzionatori classici e obiettivi dei nuovi modelli. Public and private enforcement*, in «Diritto del commercio internazionale», 2008, 22.1, p. 125.

La prova del nesso causale tra intesa, o altra pratica vietata, ed il danno subito, è essenziale anche per la Corte europea, la quale con sent. 13 luglio 2006, relativa alla causa C-295/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico* ed altri, ha affermato: «chiunque ha il diritto di far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata e, quando esiste un nesso di causalità tra essa ed il danno subito, di chiedere il risarcimento di tale danno». Pertanto, ad avviso della Corte di giustizia, l'intesa che viola l'art. 81 del Trattato CE è sempre nulla, tuttavia si potrà ottenere il risarcimento dei danni solo quando esiste un nesso di causalità tra la violazione della normativa antitrust ed il danno subito.

³⁸ Dopo un primo orientamento giurisprudenziale che ha negato una legittimazione diretta dei consumatori, quali danneggiati dall'illecito *antitrust* (Cass., sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475, in «Foro italiano», 2003, I, c. 1121), le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno modificato l'orientamento restrittivo. I giudici della Suprema Corte hanno infatti affermato che la legge *antitrust* detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari, non soltanto gli imprenditori, ma anche altri soggetti del mercato. In particolare, si osserva che *il consumatore finale, costituendo il contratto c.d. "a valle" lo sbocco dell'intesa anticoncorrenziale, è soggetto legittimato ad agire con azione risarcitoria ex art. 33 della legge n. 287/1990*. In questi termini: Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in «Giurisprudenza italiana», 2005, p. 2062, ed in «Rivista di diritto civile», 2005, 4, p. 495, con nota di A. NERVI, *La difficile integrazione fra diritto civile e diritto della concorrenza (note in margine a Cass. Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207)*.

³⁹ Si veda, al riguardo, C. App. Napoli, sez. III, 12 luglio 2007, in «Danno e responsabilità», 2007, 1, p. 115, con nota di G. ROMAGNOLI, *Rilevanza "esterna" dell'accertamento delle intese assicurative da parte dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato*, ove si afferma che la prova del nesso eziologico tra illecito concorrenziale e danno, per cui è richiesto il risarcimento, può essere assolta tramite la produzione dei documenti relativi agli accertamenti svolti dall'Autorità; Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Danno e resp.*, 2007, 7, p. 775, ed in «Foro italiano», 2007, I, c. 1097 e ss., con nota di R. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità)*, cc. 1102.

⁴⁰ Sul rapporto tra l'accertamento dell'Autorità e l'accertamento del diritto ordinario, si veda A. FRIGNANI, *Diritto della concorrenza*. cit., p. 121. L'Autore distingue le azioni dei privati in due categorie: *stand alone* e *follow on*. Nelle prime, non c'è stato nessun previo accertamento dell'illecito da parte dell'Autorità *antitrust* e il giudice ordinario sarà tenuto

Tuttavia, giova evidenziare che, se è vero che l'accertamento dell'illecito da parte dell'*Antitrust*⁴¹ non produce di per sé nel giudizio civile la sicura condanna a risarcire il danno, allo stesso tempo, la chiusura anticipata dell'istruttoria con l'accettazione degli impegni non elimina il rischio dell'azione risarcitoria promossa dai terzi⁴² che si assumano danneggiati dal-

all'accertamento dei fatti costitutivi e alla qualificazione degli stessi come illecito anticoncorrenziale; nelle seconde, invece, c'è già stato un accertamento da parte dell'Autorità. E' in questo ultimo caso che occorre verificare se, ed in che misura, questo accertamento sia vincolante per il giudice. Dopo aver ricordato che in Italia prevale ancora la tesi dell'autonomia dell'accertamento giudiziale, l'Autore evidenzia che in Germania, dopo l'ultima riforma del GWB, l'accertamento del Bkarta è vincolante per i giudici.

Si vedano, inoltre, le osservazioni di F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in «*Giurisprudenza commerciale*», 1, 2008, p. 127, il quale rileva come la prova del nesso causale tra il fatto illecito ed il danno subito dal consumatore presuppone un'analisi concreta del fenomeno economico, dei possibili assetti di mercato e dell'eventuale verificarsi di eventi diversi sulla base di premesse diverse (le così dette "serie causali alternative").

F. GHEZZI, *Strumenti e obiettivi nell'enforcement della disciplina delle intese*, cit., p. 1403, ravvisa la necessità che all'azione amministrativa sia affiancato un corredo efficace di rimedi civili contro gli illeciti *antitrust*. Si rileva inoltre come in ambito comunitario, le iniziali ed innovative proposte contenute nel Libro Verde del 2005 – «*Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*», COM 2005, 672 – volte ad identificare le condizioni per un effettivo rilancio del *private enforcement*, dopo alcuni tentennamenti sono state riviste, e sotto alcuni profili stemperate, nel Libro Bianco del marzo 2008 – «in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie», COM 2008, 165.

Per un commento al Libro Bianco si veda A. NICITA, *Consumatori, Antitrust e Risarcimento del danno. Le prospettive del Libro Bianco CE*, in «*Consumatori, Diritti e Mercato*», 2008, p. 2.

⁴¹ Per una rassegna delle posizioni della dottrina sul valore che assume, nel giudizio civile di nullità o di risarcimento dei danni presso la Corte d'Appello, il provvedimento dell'Autorità, che accerti la violazione delle norme della concorrenza, si rinvia, in questo volume, al § 8 del contributo di D. GIURATO.

⁴² A. POLICE, *I "nuovi" poteri dell'Autorità garante della concorrenza e le prospettive in termini di tutela giurisdizionale*, in AA. VV., *I nuovi strumenti di tutela antitrust. Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, a cura di F. Cintioli e G. Olivieri, Giuffrè, Milano 2007, p. 99, suggerisce di distinguere la posizione del terzo estraneo al procedimento dinanzi all'Autorità, da quella del terzo che ne ha preso parte. L'Autore si chiede, inoltre, qualora l'*Antitrust* accolga le osservazioni del terzo, se questi sia comunque legittimato ad impugnare il provvedimento di accettazione degli impegni.

Attento alla posizione del terzo è anche A. PERA, *Le decisioni con impegni tra diritto*

le condotte tenute dalle imprese⁴³. Il diritto positivo, infatti, non prevede alcuna preclusione all'esercizio delle azioni giudiziarie promosse ai sensi dell'art. 33, l. n. 287/1990.

Sarà tuttavia più difficile per i ricorrenti dimostrare l'illecito *antitrust*, non potendo giovare dell'attività istruttoria svolta dall'Autorità indipendente preposta alla tutela della concorrenza, dotata di poteri inquisitori che nei modelli di procedura civile dei paesi di *civil law* i giudici non hanno⁴⁴.

comunitario e diritto nazionale, in *Poteri e garanzie nel diritto antitrust*, a cura di G. BRUZZONE, Il Mulino, Bologna 2008, p. 110 e ss. L'Autore osserva che in ogni decisione *antitrust* è riconosciuto ai terzi un interesse concreto ed attuale alla concorrenzialità del mercato. Conseguentemente, anche nella decisione con impegni l'analisi non deve essere circoscritta al rapporto tra l'Autorità e l'impresa, ma si deve tener conto anche di coloro che dall'impegno possono essere incisi in senso positivo o negativo.

Si veda in particolare la pronuncia del Tribunale di primo grado, più volte richiamata, relativa al caso *Alrosa c. Commissione*, ove Alrosa ha presentato ricorso avverso la decisione della commissione con la quale sono stati accettati gli impegni di De Beers.

⁴³ Cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, G. FAELLA, *Gli impegni e le misure cautelari*, cit., p. 56, evidenziano che le decisioni con impegni adottate dall'Autorità garante *non rendono immuni le imprese dal rischio di risarcimento dei danni innanzi ai giudici nazionali*.

⁴⁴ In questi termini, A. FRIGNANI, *op. cit.*, p. 121.

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

Numeri Speciali

2016 **LO STATUTO ETICO GIURIDICO DEI CAMPIONI BIOLOGICI UMANI**
a cura di Dario Farace

La rivista “Diritto Mercato Tecnologia” intende fornire un costante supporto di aggiornamento agli studiosi e agli operatori professionali nel nuovo scenario socio-economico originato dall’interrelazione tra diritto, mercato e tecnologia, in prospettiva interdisciplinare e comparatistica. A tal fine approfondisce, attraverso studi nei settori privatistici e comparatistici, tematiche afferenti in particolare alla proprietà intellettuale, al diritto antitrust e della concorrenza, alle pratiche commerciali e alla tutela dei consumatori, al biodiritto e alle biotecnologie, al diritto delle comunicazioni elettroniche, ai diritti della persona e alle responsabilità in rete.

