

Grazie allo strumento previsto dalla l. 287/90 i tempi del procedimento si sono ridotti di 100 giorni

Antitrust, è boom degli impegni

Stanno riducendo i dubbi concorrenziali sulle operazioni

Pagina a cura
di FEDERICO UNNA

È uno strumento relativamente giovane, che tuttavia ha assunto una rilevanza crescente. Stiamo parlando degli impegni.

Introdotta nel 2006 dal decreto Bersani, oggi disciplinata all'articolo 14-ter delle legge 287 del 1990, dopo l'apertura di un'istruttoria, l'istituto permette alle imprese di presentare entro 90 giorni impegni idonei a eliminare o quantomeno ridurre le preoccupazioni concorrenziali dell'Autorità. Qualora questa giudichi gli impegni effettivi e convincenti, può renderli vincolanti, chiudendo l'istruttoria senza arrivare a una decisione.

È una possibilità molto utilizzata, dal 2007 prevista anche nella normativa sulle pratiche commerciali scorrette. In Italia più di un terzo delle intese avviate si sono concluse con l'adozione di impegni, mentre questa percentuale si raddoppia nei casi di abuso di posizione dominante.

Ma quali vantaggi presenta l'impegno? «Tra i maggiori pregi c'è quello di favorire un dialogo tra l'Autorità e le imprese coinvolte nei procedimenti antitrust. Il che è particolarmente utile quando i mercati oggetto di analisi presentano profili di complessità», spiega **Daide Cacchioli**, socio e responsabile pratiche antitrust dello **studio legale Pedersoli e Associati**.

Rispetto a un'azione puramente repressiva, le soluzioni che scaturiscono da tale confronto

hanno più possibilità di risolvere stabilmente il problema concorrenziale rilevato dall'authority. «Negli ultimi due anni, poco meno della metà dei casi in materia di intese si sono chiusi con decisioni con cui l'Antitrust ha accettato gli impegni presentati dalle imprese coinvolte; nei procedimenti in cui è stato contestato un abuso di posizione dominante si sale a circa l'80%. I dati confermano quindi il successo dell'istituto anche sotto il profilo applicativo».

La riduzione dei tempi e la chiusura di un procedimento in fase ancora iniziale sono i punti forti dell'istituto. Come ricorda il presidente dell'Antitrust

Antonio Catricalà nel corso dell'audizione alla 1ª Commissione della camera dei deputati nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti. «Grazie agli impegni e alle misure cautelari la durata media dei procedimenti si è ridotta, passando da una media di 463 giorni nel periodo precedente l'agosto 2006 ai 364 del periodo successivo. L'accorciamento dei tempi delle procedure ha consentito poi, a sostanziale parità



Daide Cacchioli

di organico, di aumentare 14 volte il numero di istruttorie aperte per l'accertamento di intese ed abusi in un anno, passando da una media di circa 8 nel periodo 2001-2005, a circa 16 nel periodo 2006-2009».

«Le imprese, dopo avere ricevuto la comunicazione dell'avvio dell'istruttoria e dopo avere effettuato le opportune valutazioni sui rischi connessi al procedimento, possono evita-

re l'accertamento dell'infrazione non sottraendo energie alla loro attività», spiega **Elena Carpani**, dello **studio legale Mercanti-Dorio**. «L'Autorità, qualora il contenuto degli impegni sia adeguato, ha invece la possibilità di definire positivamente in tempi molto rapidi un procedimento evitando i costi e i tempi dell'istruttoria e il rischio dell'eventuale impugnazione avanti al Tar del provvedimento che dovesse accertare il compimento della pratica commerciale scorretta».

Da non sottovalutare anche l'aspetto economico. «Il rischio che, in esito ai procedimenti relativi a intese e abusi di posizione dominante, sia imposta una sanzione di entità potenzialmente molto elevata (fino al 10% del fatturato dell'impresa, ndr) costituisce per le imprese il principale driver della scelta di presentare impegni», ricorda **Cacchioli**.

«Ne è riprova il minor ricorso a questo istituto nei procedimenti d'innanzi all'Autorità riguardanti le pratiche commerciali scorrette, in cui l'entità della sanzione è generalmente più contenuta e comunque limitata, nel suo ammontare massimo, a 500.000 €».

Ma cosa migliorare per rendere l'impegno ancora più efficace?

«Più che un'estensione della sua applicabilità, è auspicabile un utilizzo più "ponderato" di questo strumento alla luce dei criteri indicati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale», commenta **Mario Siragusa**, partner di **Cleary Gottlieb**. «Il rispetto del principio di proporzionalità presuppone una valutazione approfondita non soltanto dell'idoneità degli impegni presentati dalle imprese a rimuovere le preoccupazioni concorrenziali dell'Autorità, ma anche della loro necessità, per evitare che essi si rivelino poi in concreto insufficienti o, al contrario, ultronei». A tal fine è necessaria una maggiore attività istruttoria da parte dell'Antitrust. «In quest'ottica sono da valutare favorevolmente le sentenze del Tar Lazio che hanno escluso la perentorietà del termine dei tre mesi dall'avvio dell'istruttoria per la presentazione degli impegni ex art. 14-bis della legge n. 287/1990», sottolinea Siragusa.

Ma non solo. «Se è naturale che, per ragioni di economia procedimentale, la presentazione degli impegni debba avvenire nella fase iniziale dell'istruttoria, questa circostanza può rendere difficile per le imprese l'individuazione di soluzioni adeguate, poiché in tale fase l'unico atto che riflette la posizione dell'Autorità è rappresentata dalla decisione di avvio dell'istruttoria, in cui le contestazioni sono

spesso formulate in modo piuttosto generico. Una maggiore attenzione a questo profilo da parte dell'Autorità potrebbe senz'altro contribuire a ridurre il problema», dice Cacchioli.

Uno dei settori che potrebbe giovare degli impegni è quello delle pratiche commerciali scorrette. Dalla relazione annuale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato emerge che nel 2008, a fronte di 238 procedimenti in cui è stata avviata l'istruttoria, i casi in cui l'authority ha accettato gli impegni sono nove. «È auspicabile e prevedibile che l'Autorità mostri nel prossimo futuro un atteggiamento di maggior apertura verso tale istituto anche nel campo delle Pcs. Del resto, almeno in alcuni casi, esso potrebbe consentire all'Autorità di ottenere celermente dal professionista la modifica di prassi comportamentali ritenute dannose per i consumatori», dichiara Siragusa. Con un occhio anche alla class action. «Certamente quando si profilano i rischi di



Mario Siragusa

ANTONIO NICITA, PARCU&ASSOCIATI

Ma occhio alla deterrenza

Il 10 ottobre 2010 cadono i vent'anni dalla nascita dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Un tema discusso è quello dell'istituto degli impegni, introdotto nel 2006, dal decreto Bersani. Ne parliamo con **Antonio Nicita**, senior partner dello **StudioEconomico Parcu&Associati** e in passato economista presso l'Agcm, oggi uno dei pochi economisti italiani esperti di diritto antitrust e di politiche della concorrenza.

Domanda. Come giudica, da un punto di vista anche economico, l'istituto degli impegni? Cominciano dagli effetti positivi.

Risposta. Se gli impegni sono davvero idonei a rimuovere gli effetti distortivi e a ripristinare il libero gioco della concorrenza, si tratta di un formidabile strumento di policy. Si risparmierebbero molte risorse destinate all'attività istruttoria e si evitano sanzioni monetarie che, ancorché efficaci sotto il profilo deterrente, non costituiscono per sé un elemento compensativo nei confronti dei consumatori o delle imprese concorrenti danneggiate. Inoltre, si conseguono mutamenti importanti nelle dinamiche concorrenziali in tempi molto brevi. Infine, le risorse investigative così liberate possono permettere all'antitrust l'apertura di nuove indagini.

D. Quali sono, se vi sono, gli effetti negativi?

R. Vi sono tre rischi, direi. Il primo è proprio l'effetto deterrente. Le imprese che violano il diritto antitrust sono consapevoli di poter provare la strada degli impegni. Ciò significa in sostanza assicurarsi contro il diritto antitrust, specie se si fa strada l'idea che impegni possono essere presentati in tutti i casi, indipendentemente dalla gravità dei comportamenti. Il secondo è l'effetto di *enforcement*. Il diritto antitrust è uno dei pochi impianti di *common law* nel nostro sistema. Esso procede e si evolve con la prassi interpretativa rivelata dalle decisioni antitrust. Chiudere un caso senza accertamento indebolisce la capacità evolutiva del diritto antitrust. Infine, gli impegni indeboliscono il cosiddetto *private enforcement*.

D. In che senso il private enforcement, ovvero la tutela della concorrenza attraverso l'azione privata del risarcimento dei danni, può essere indebolito dall'istituto degli impegni?

R. Uno dei problemi del *private enforcement* consiste nell'acquisizione di prove. Mentre nel caso del *public enforcement* quest'attività spetta ad Agcm, nel caso di un tribunale essa spetta alle parti. È evidente che la richiesta di risarcimento dei danni antitrust è più agevole a valle di una decisione dell'Agcm che abbia documentato le evidenze disponibili. La crescita esponenziale di impegni riduce questa possibilità, rendendo più costosa l'azione di risarcimento del danno. Anche se è vero che buoni impegni hanno indirettamente l'effetto di ridurre il lucro cessante delle vittime e quindi in parte di compensare per tale effetto.

© Riproduzione riservata

azioni follow-on la valutazione dell'impresa deve essere particolarmente attenta. Si pensi, per parlare di un argomento di grande attualità, al rischio che l'accertamento amministrativo possa essere utilizzato per promuovere una class action, istituto di recente introduzione nel nostro ordinamento», afferma la Carpani. Infine, si possono immaginare o suggerire modifiche? «Potrebbe essere utile estendere anche ai procedimenti

relativi a pratiche commerciali scorrette il cosiddetto «*market test*» menzionato nella comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter della legge 287/90 che attribuisce la possibilità, ai terzi interessati, di presentare, entro trenta giorni dalla loro pubblicazione sul sito internet dell'Autorità, osservazioni scritte in merito agli impegni presentati dalla parte», conclude la Carpani.

© Riproduzione riservata