

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

AGGIORNAMENTI 2014

3

VOCE DISPONIBILE ESCLUSIVAMENTE NEL SITO

www.competition-law.eu



Jovene editore 2014

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2014

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

Indice aggiornamenti 2014

<i>Introduzione</i>	p.	V
La cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione europea nel settore degli aiuti di Stato (<i>Valerio Vecchiatti - Matteo Liberati</i>)	»	1
L'abuso di posizione dominante (<i>Ginevra Bruzzone</i>)	»	9
Le decisioni con impegni e il rilievo per l' <i>antitrust private enforcement</i> (<i>Alberto Pera</i>)	»	26

Introduzione

A meno di un anno dalla pubblicazione del Dizionario, e come aveva preconizzato Roberto Chieppa durante la presentazione del volume nell'ottobre u.s., se ne rende già necessario l'aggiornamento.

In considerazione della rapidità dei cambiamenti del settore del diritto della concorrenza (diritto *antitrust* e degli aiuti di Stato) si è pensato di organizzare l'aggiornamento su due distinte "piattaforme".

La prima è lo stesso Dizionario. Il presente volume raccoglie infatti le prime voci che – già solo dopo pochi mesi – aggiornano, sostituendole, le voci dell'edizione del 2013.

La seconda è quella del sito www.competition-law.eu, nel quale, oltre alla consultazione *on-line* dei due volumi del Dizionario, sarà disponibile un duplice ordine di aggiornamenti: 1. aggiornamenti semestrali delle singole voci tramite brevi "*post*" relativamente a novità che, sebbene importanti, non richiedano la pubblicazione di una nuova voce; 2. aggiornamenti giornalieri di informazioni puntuali in merito a novità legislative, di prassi e di giurisprudenza.

Il sito permette di offrire tutte queste informazioni in modo chiaro e facilmente consultabile *on-line*.

Al fine di permettere alle persone interessate di ricevere in forma automatica le nuove informazioni disponibili è possibile inoltre iscriversi al sito inserendo la propria e-mail nel riquadro della *subscription*.

Questa imponente attività di costante aggiornamento, e soprattutto d'impegno intellettuale nella riorganizzazione di un settore giuridico così complesso, è possibile solo grazie alla generosa partecipazione degli oltre 80 autori del Dizionario e partecipanti al sito www.competition-law.eu, a cui va tutto il mio ringraziamento.

Intorno al Dizionario e al sito si è infatti creata una vivace *open community* a cui partecipano i più importanti rappresentanti del settore, al livello nazionale ed europeo (v. <http://www.competition-law.eu/community/>), tra cui siamo onorati di poter annoverare un componente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la dott. Gabriella Muscolo.

In quanto *open community*, www.competition-law.eu è aperto alla partecipazione e all'impulso di tutte le persone interessate ad approfondire e sviluppare la conoscenza del diritto della concorrenza a livello nazionale, europeo ed internazionale.

Roma, 3 aprile 2014

L.F.P.

Le decisioni con impegni e il rilievo per l'*antitrust private enforcement* (Aggiornamento 2014)

Sommario: I. INTRODUZIONE. – II. DECISIONI CON IMPEGNI: PROFILI SOSTANZIALI E PROCEDURALI. – III. LE INTERFERENZE CON IL *PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT*. – IV. L'ACCESSO AGLI ATTI DEL PROCEDIMENTO. – V. CONCLUSIONI.

I. INTRODUZIONE

L'istituto delle decisioni con impegni è stato introdotto in Italia nel luglio del 2006, attraverso l'inserimento nella l. 287/90 dell'art. 14-*ter* (articolo aggiunto dall'art. 14 del d.l. 223/2006 come modificato dalla relativa legge di conversione 248/2006, entrata in vigore il 12 agosto 2006), in base al quale «[e]ntro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione [...], le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria».

La norma riproduce a livello interno quanto stabilito in sede europea dall'art. 9, Reg. 1/2003, ai sensi del quale la Commissione, «qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate propongano impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse» può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese.

La disciplina stabilisce dunque un percorso alternativo al procedimento di accertamento degli illeciti, ad innesto eventuale su istanza delle imprese: la caratteristica dello strumento è che nel caso gli impegni siano ritenuti idonei a superare le problematiche concorrenziali riscontrate, l'Autorità procedente li rende obbligatori per le imprese e chiude il procedimento senza accertamento dell'infrazione. L'istruttoria si conclude pertanto senza alcuna pronuncia sul merito delle accuse inizialmente formulate (*i.e.* non si

avrà alcun accertamento dell'illecito¹) e quindi sulla condanna alla sanzione, ma con la constatazione che per effetto degli impegni le condizioni del mercato si sono modificate in modo tale che le condotte oggetto dell'istruttoria non destano più le preoccupazioni concorrenziali ravvisate nel provvedimento di avvio del procedimento.

L'istituto degli impegni consente di conciliare due differenti esigenze: da un lato, quella dell'Autorità a risparmiare i tempi e le risorse dell'attività istruttoria vedendo rimossi in breve tempo i profili anticoncorrenziali ipotizzati; dall'altro, quella delle imprese a non vedere accertata la propria responsabilità, evitando sia l'irrogazione di una sanzione, che gli effetti negativi connessi all'accertamento di un illecito.

L'assenza di un formale accertamento dell'infrazione, tuttavia, potrebbe incidere sulla possibilità per i soggetti danneggiati da un illecito *antitrust* di instaurare con successo un'azione di risarcimento danni. Appare dunque di interesse la questione dei rapporti tra la disciplina degli impegni e l'esigenza di garantire il "pieno risarcimento" ai soggetti che hanno subito un danno da un illecito *antitrust*, diritto non solo pienamente riconosciuto dalla giurisprudenza comunitaria², ma anche ben radicato nell'ordinamento nazionale³.

II. DECISIONI CON IMPEGNI: PROFILI SOSTANZIALI E PROCEDURALI

Ai fini dell'analisi che segue, è opportuno esaminare preliminarmente taluni aspetti sostanziali e procedurali delle decisioni con impegni.

Innanzitutto, lo strumento degli impegni non dovrebbe avere un'applicazione

¹ Cfr art. 9, Reg. 1/2003: «[l]a decisione [...] giunge alla conclusione che l'intervento della Commissione non è più giustificato»; art. 14-*ter* legge n. 287/90: «[l]a Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può [...] renderli obbligatori per

le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione».

² Cfr. C. giust. UE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage c. Bernhard Crehan*, in *Racc.* 2001, p. I-6297.

³ Cfr. Cass., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 2207.

generale in ogni caso *antitrust*, ma tendenzialmente limitata ai casi di “minore” rilevanza concorrenziale. A livello comunitario, il Reg. 1/2003 al *Considerando* n. 13 prevede infatti che «le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda». Pur in assenza di un'analogia disposizione a livello nazionale, il limite stabilito a livello comunitario si ritiene vincolante anche nei confronti dell'AGCM, come si evince dall'espresso ancoraggio dell'istituto al rispetto “dei limiti previsti dall'ordinamento comunitario” previsto dall'art. 14-ter l. 287/90. In proposito, l'AGCM ha peraltro recentemente ribadito nella nuova Comunicazione in materia di impegni (Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-ter della l. 287/1990, adottata con delibera dell'Autorità del 6 settembre 2012 n. 23863, che sostituisce la precedente Comunicazione del 12 ottobre 2006) di ritenere «non opportuna l'adozione di decisioni concernenti gli impegni nei casi in cui il comportamento restrittivo o lesivo della concorrenza appare sufficientemente grave da far ritenere appropriata l'imposizione di una sanzione».

La prassi applicativa mostra tuttavia, specie a livello nazionale, un utilizzo tutt'altro che marginale dell'istituto in esame. L'AGCM ha infatti concluso numerose istruttorie accettando gli impegni proposti dalle imprese, specie nel caso di istruttorie relative a presunti abusi di posizione dominante: nel periodo 2007-2011 sono stati avviati 46 procedimenti di intesa di cui 17 conclusi con impegni; 42 procedimenti di abuso di cui 30 conclusi con impegni. L'applicazione dello strumento in tale periodo sembrerebbe essere stata quindi esclusa solo nel caso di violazioni c.d. *hard core*, ma tendenzialmente ammessa in altre fattispecie, anche potenzialmente gravi. Nel periodo 2012-2013 si è assistito, almeno nel caso dei procedi-

menti di intesa, ad un differente *trend*: in tale periodo sono infatti state avviate 12 istruttorie, di cui nessuna conclusa tramite decisioni con impegni; con riferimento agli abusi, i procedimenti avviati sono stati invece 14, di cui 4 conclusi tramite impegni.

Quanto alla procedura applicativa, l'AGCM ha disciplinato in maniera puntuale nella nuova Comunicazione i criteri applicativi dell'istituto: in particolare, è previsto che successivamente all'avvio dell'istruttoria le imprese possono presentare *i*) una versione non definitiva degli impegni, con congruo anticipo rispetto al termine di tre mesi dall'inizio del procedimento; *ii*) la versione definitiva degli impegni, entro tre mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria. In linea con la giurisprudenza amministrativa⁴, la Comunicazione non qualifica il termine di tre mesi stabilito dall'art. 14-ter come perentorio, seppure viene precisato che la presentazione di impegni oltre il suddetto termine sarà consentita solo «in ipotesi eccezionali, sulla base di una motivata e tempestiva istanza di parte», ciò che potrebbe di fatto precludere la possibilità per le parti di presentare impegni oltre il termine trimestrale. La nuova disciplina differisce sul punto rispetto al modello comunitario in cui non è previsto alcun termine entro il quale le imprese possono presentare gli impegni: a detta della stessa Comunicazione, tale previsione è volta a garantire la funzione deflattiva dell'istituto degli impegni ed esigenze di economia procedimentale, in linea «con l'esigenza di indurre il destinatario dell'istruttoria dell'Autorità a presentare tempestivamente gli impegni idonei a rimuovere gli effetti della propria condotta, inibendo la prosecuzione della istruttoria» (§ 4). Con riferimento alle caratteristiche cui devono rispondere le misure proposte dalle parti ai fini della conclusione del procedimento senza accertamento dell'in-

⁴ Cfr. TAR Lazio, sez. I, 7 aprile 2008, n. 2902 secondo cui «la previsione di un termine perentorio risulta disarmonica non solo con il procedimento disciplinato in sede comunitaria, ma soprattutto con la funzione dell'istituto, la quale richiede, da un lato, che le imprese siano poste in

grado di proporre misure correttive idonee e, dall'altro, che la Commissione disponga di elementi sufficienti per valutarne la rispondenza ai profili anticoncorrenziali emersi». Il carattere sollecitatorio del termine è stato recentemente confermato da TAR Lazio, sez. I, 9 maggio 2011, n. 3964.

frazione, la Comunicazione chiarisce 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».

L'AGCM vaglia preliminarmente gli impegni presentati; qualora li ritenga non manifestamente infondati, entro 45 giorni dalla scadenza del termine di tre mesi ne dispone la pubblicazione sul proprio sito *internet* e sul bollettino per sottoporli a consultazione pubblica (*market test*). Nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione, i terzi interessati potranno presentare le proprie osservazioni e, nei successivi trenta giorni, le parti proponenti potranno replicare alle osservazioni presentate dai terzi e, per tenere conto delle stesse, introdurre per una sola volta modifiche accessorie agli impegni. La Comunicazione stabilisce che, fatte salve specifiche esigenze istruttorie, la procedura di pubblicazione e valutazione degli impegni deve concludersi entro tre mesi dalla data di pubblicazione degli impegni: l'intera procedura di impegni avrà dunque tendenzialmente una durata massima non superiore a sette mesi e mezzo.

III. LE INTERFERENZE CON IL PRIVATE ANTI-TRUST ENFORCEMENT

In linea con la funzione di tutela del buon funzionamento del mercato assegnata al *public enforcement*, l'istituto degli impegni mira alla risoluzione, in tempi brevi, delle criticità concorrenziali riscontrate dall'autorità nel provvedimento di avvio, attraverso l'attuazione delle misure volontariamente proposte dalle imprese, cui non è imposta alcuna sanzione. I vantaggi sanzionatori per le imprese riguardano tuttavia esclusivamente il profilo del *public enforcement*, mentre non è prevista alcuna immunità in sede civile nei procedimenti eventualmente promossi da soggetti che assumano di essere stati lesi dalle condotte oggetto della decisione con

impegni. Nondimeno, come si dirà, tali azioni potrebbero essere più gravose per l'attore, dovendo questi provare l'esistenza dell'infrazione e la responsabilità dell'impresa convenuta senza potersi avvalere di un formale accertamento dell'illecito.

A livello europeo, il Reg. 1/2003 stabilisce che «le decisioni concernenti gli impegni non pregiudicano la facoltà [...] delle giurisdizioni degli Stati membri di procedere a detto accertamento e di prendere una decisione» (cons. 13) e che «le decisioni d'impegno adottate dalla Commissione lasciano impregiudicato il potere delle giurisdizioni [...] degli Stati membri di applicare gli articoli [101] e [102] del Trattato» (cons. 22). Analogamente, a livello nazionale non vi è alcuna norma che, a fronte di una decisione con impegni, paralizzi le azioni di risarcimento del danno *ex art. 33, l. 287/1990*. Come osservato dal giudice amministrativo, «la stessa mancanza di un formale accertamento dell'illecito non esclude con certezza che gli elementi probatori raccolti fino al momento dell'accettazione degli impegni possano venire utilizzati anche in un giudizio civile. La decisione con impegni non comporta infatti alcuna immunità sul piano civilistico»⁵.

Si noti che, in linea di principio, la rapidità con cui si perviene alla conclusione del procedimento rispetto ad una più lunga istruttoria ai fini di una decisione di accertamento potrebbe incentivare le azioni di danno, alla luce della prossimità temporale tra il provvedimento amministrativo e le condotte che hanno causato il danno e della maggiore consapevolezza che ne deriva in capo ai danneggiati. A ciò si aggiunga che, in via di prassi, l'AGCM è solita dare ampio risalto ai provvedimenti di chiusura con impegni, con una pubblicità almeno pari ai procedimenti conclusi con una decisione di accertamento.

Tuttavia, il principale elemento di tensione tra le due modalità di *enforcement* consegue al fatto che i procedimenti con

⁵ Cfr. Tar Lazio, sez. I, 7 aprile 2008, nn. 2900 e 2902.

impegni si concludono senza alcuna pronuncia sul merito delle accuse inizialmente formulate (*i.e.* non si avrà alcun accertamento dell'illecito), ma con la sola constatazione che per effetto degli impegni le condizioni del mercato si sono modificate: come rilevato da una recente pronuncia della giurisprudenza nazionale, le decisioni con impegni presuppongono un'attività valutativa che «solo in parte coincide con quella sottesa all'adozione del provvedimento finale [...] l'esame svolto dall'Autorità in relazione alle proposte di impegni verte su un aspetto – per così dire – 'teleologico', incentrandosi sull'idoneità delle misure proposte a rimuovere i profili anticoncorrenziali oggetto di indagine, mentre, l'esame svolto ai fini delle determinazioni sanzionatorie conclusive verte su un aspetto – per così dire – 'finale e sostanziale' (ossia, la sussistenza o meno dell'illecito antitrust in quanto tale)»⁶.

Ciò comporta una significativa differenza rispetto alle azioni di *private antitrust enforcement* basate su di un provvedimento di accertamento dell'autorità: in tale caso, infatti, l'attore può fondare le proprie pretese di risarcimento in sede civile su una decisione pubblica, che non solo contiene un formale accertamento della violazione, ma riporta i principali elementi istruttori emersi nel corso del procedimento. A livello comunitario, l'art. 16, Reg. 1/2003, ha espressamente riconosciuto che tali provvedimenti hanno valore vincolante nei confronti delle giurisdizioni e delle autorità della concorrenza nazionali. In Italia, pur in assenza di un'espressa normativa, la giurisprudenza si è spinta sino a riconoscere alle decisioni amministrative dell'AGCM il valore di "prova privilegiata" nel contesto di azioni civili di *follow on* per il risarcimento del danno subito da illeciti *antitrust*.

A fronte di una decisione con impegni, invece, il provvedimento amministrativo non prende espressa posizione in ordine all'esistenza di una infrazione: i soggetti

che lamentano un danno dalla condotta posta in essere dalle imprese interessate non potranno quindi fondare la propria domanda sull'accertamento dell'illecito compiuto dall'autorità amministrativa, ma dovranno provare l'avvenuta infrazione delle norme *antitrust*.

È tuttavia alquanto controversa la questione circa il rilievo che possa assumere un provvedimento di accettazione di impegni in un'azione di *private enforcement*.

Da un lato, sembrerebbe doversi escludere l'utilizzabilità di dette decisioni nella sede di un giudizio civile: la Commissione europea ha infatti avuto modo di chiarire nel *Memorandum* sui criteri applicativi dell'istituto che «le decisioni *ex art. 9* non si pronunciano in merito all'esistenza di un'infrazione delle regole comunitarie di concorrenza. Pertanto, un cliente o un consumatore che intende promuovere un'azione di *private enforcement* davanti alle Corti nazionali deve provare l'illegittimità della condotta al fine di ottenere il risarcimento dei danni» (traduzione dell'autore)⁷.

Dall'altro lato, occorre tuttavia rilevare che la disciplina degli impegni pone quale presupposto per l'accettazione degli stessi l'effettiva sussistenza di criticità concorrenziali anticoncorrenziali, ciò che potrebbe influire nell'ambito del giudizio ordinario. Secondo lo stesso disposto dell'art. 9, Reg. 1/2003, infatti, la Commissione può fare uso dello strumento "qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione", ciò che sembrerebbe escludere che l'autorità possa concludere un procedimento con l'accettazione di impegni ove non ritenga sussistere alcuna problematica dal punto di vista *antitrust*.

Talune indicazioni in tal senso sono fornite dalla pronuncia della pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Alrosa*⁸ in cui la Corte, pur non condividendo la tesi del Tribunale di Primo Grado dello stretto parallelismo tra decisioni in materia di impegni e di accertamento dell'infrazione

⁶ Cfr. Cons. St., sez. IV, 20 luglio 2011, n. 4393, *MasterCard*.

⁷ Cfr. MEMO/04/217, del 17 settembre 2004.

⁸ C. giust. UE, 29 giugno 2010, causa C-441/07, *Commissione c. Alrosa Company Ltd*, in *Racc.* 2010, p. I-05949, punto 40.

ne⁹, ha ribadito la centralità del principio di proporzionalità nella valutazione della “legittimità di qualsiasi atto delle istituzioni dell’Unione”. In proposito, viene precisato che nel caso delle decisioni con impegni tale principio si limita alla «verifica che gli impegni di cui trattasi rispondano alle preoccupazioni che [la Commissione] ha reso note alle imprese interessate e che queste ultime non abbiano proposto impegni meno onerosi che rispondano parimenti in modo adeguato a tali preoccupazioni». Per quanto qui di rilievo, ai fini dell’utilizzo dell’istituto degli impegni sembra dunque necessaria la preliminare identificazione della problematica concorrenziale che le misure sono volte a risolvere, anche al fine di valutare l’adeguatezza delle stesse. Inoltre, il fatto che la Corte richieda che le imprese “non abbiano proposto impegni meno onerosi che rispondano parimenti in modo adeguato a tali preoccupazioni” indica che in ogni caso gli impegni devono rispondere ad una preoccupazione concorrenziale e non devono quindi essere proposti nel caso in cui tali preoccupazioni non sussistono.

Analogamente alla prassi comunitaria, anche la più recente giurisprudenza nazionale appare orientata a ritenere che la proposizione di impegni da parte delle imprese presupponga l’effettiva sussistenza di criticità concorrenziali. Al riguardo, sono di interesse alcune recenti pronunce dei giudici amministrativi e, in particolare:

i) la decisione del Consiglio di Stato nel caso *MasterCard*¹⁰, in cui è stata ritenuta non autonomamente impugnabile la decisione di rigetto degli impegni da parte dell’AGCM. Per quanto di rilievo ai pre-

senti fini, la Corte ha riconosciuto che la presentazione di impegni, in connessione ad altri elementi, sia indicativa di un certo grado di consapevolezza in capo alle imprese circa la potenziale illiceità delle condotte all’attenzione dell’AGCM: secondo la Corte, infatti, «all’atto di accoglimento [degli impegni] resta pur sempre sotteso un comportamento del soggetto interessato dai connotati **sostanzialmente confessori** in ordine alla sussistenza dell’illecito commesso (si da rendere necessarie misure volte ad elidere gli effetti dell’illecito commesso e riconosciuto nella sua consistenza, con decisioni conoscibili dagli operatori di mercato)»;

ii) una pronuncia del TAR¹¹, con cui è stato accolto il ricorso di Conto TV avverso la decisione dell’AGCM che rendeva vincolanti impegni proposti da Sky nell’ambito dell’istruttoria *A407-Sky/Conto TV*. La pronuncia in questione sembra confermare che la presentazione di impegni da parte delle imprese presuppone l’identificazione di una condotta lesiva delle imprese oggetto del procedimento, posto che «l’accettazione degli impegni richiede necessariamente la verifica della loro idoneità alla riparazione con efficacia retroattiva delle condotte poste in essere e già produttive di effetti potenzialmente lesive della libera concorrenza»¹².

Si noti che, in linea con la pronuncia da ultimo citata, l’Autorità ha recentemente accettato, in un procedimento antitrust concluso con una decisione di impegni, misure di natura restitutoria o compensativa volte a lenire gli asseriti pregiudizi causati dalle condotte oggetto di avvio di istruttoria¹³. Una simile prassi pone tuttavia taluni problemi di compati-

⁹ Trib. UE, 11 luglio 2007, causa T-170/06, *Alrosa Company Ltd c. Commissione*, in *Racc.* 2007, p. II-2601, punto 100.

¹⁰ Cfr. Cons. St., sez. IV, 20 luglio 2011, n. 4393, *MasterCard*.

¹¹ Cfr. TAR Roma, sez. I, 19 maggio 2011, n. 3964.

¹² Si osservi che la soluzione suggerita dal giudice amministrativo sembra ravvisare la necessità di misure idonee ad eliminare *ex tunc* gli effetti delle condotte anticoncorrenziali. Il TAR rileva, infatti, che «non [sarebbe] possibile ritenere che – sussistendo effetti irreversibili prodotti dalla condotta sospetta, destinati a permanere an-

che a seguito degli impegni presentati – la stessa Autorità possa legittimamente abdicare alla propria funzione istituzionale, interrompendo il procedimento volto all’accertamento di un abuso di posizione dominante, e che debba essere lo stesso giudice civile a verificare incidentalmente se vi sia stato un abuso di posizione dominante al fine di decidere sulla controversia al suo esame». È allo stato pendente un giudizio di secondo grado su detta pronuncia.

¹³ Cfr. caso A443 - NTV/FS/Ostacoli all’Accesso nel Mercato dei Servizi di Trasporto Ferroviario, Passeggeri ad Alta Velocità, Provvedimento n. 24804, 19 febbraio 2014.

bilità, da un lato, con la funzione tipica del *public enforcement* – ossia la risoluzione delle criticità concorrenziali in funzione dell'interesse generale al buon funzionamento del mercato –, dall'altro con la successiva determinazione di un equo risarcimento in sede civile. Essa appare altresì confermare che il presupposto dell'istituto degli impegni sia l'effettiva sussistenza di criticità concorrenziali produttive di effetti, che possono essere oggetto di misure di carattere ripristinatorio.

IV. L'ACCESSO AGLI ATTI DEL PROCEDIMENTO

Un ulteriore aspetto problematico relativo ai rapporti tra *private enforcement* e decisioni con impegni riguarda la possibilità per i soggetti terzi potenzialmente danneggiati di acquisire elementi utili ai fini della prova dell'illecito in sede civile. Come anticipato, infatti, nei procedimenti con impegni le difficoltà per l'attore appaiono maggiori rispetto al caso in cui l'istruttoria amministrativa si concluda con un provvedimento finale di accertamento: in assenza di un formale accertamento della violazione e di una decisione finale che fornisce anche indicazioni circa gli elementi probatori assunti dall'autorità amministrativa nel corso dell'istruttoria, risulta accentuata l'asimmetria informativa a danno dell'attore che caratterizza generalmente le azioni di danno *antitrust*¹⁴.

Tuttavia, anche nel caso di decisioni con impegni, l'istruttoria condotta dall'autorità potrebbe far emergere talune preliminari indicazioni utili ai fini di un'azione civile di *private antitrust enforcement*, che potrebbero essere sottoposte

dai soggetti interessati al libero apprezzamento del giudice.

Si considerino in particolare i seguenti elementi:

- il provvedimento di apertura dell'istruttoria, il quale identifica con una certa accuratezza, seppure in via preliminare, i mercati interessati, l'inquadramento normativo delle condotte, le condotte potenzialmente rilevanti all'attenzione dell'autorità e alcune prime valutazioni giuridiche;

- i commenti forniti in risposta alla procedura di consultazione (c.d. *market test*) dalle parti interessate; tali documenti potrebbero fornire alcune indicazioni circa la potenzialità lesiva della condotta ed i suoi possibili effetti sul mercato interessato;

- il provvedimento di accettazione degli impegni e chiusura del procedimento; tale provvedimento descrive in maniera più approfondita i problemi di concorrenza inizialmente identificati e una valutazione circa l'idoneità degli impegni ad eliminare tali criticità.

In aggiunta a tali indicazioni, assume significativo rilievo la possibilità per i danneggiati di acquisire elementi probatori utili in sede di azione civile attraverso l'accesso al fascicolo istruttorio amministrativo¹⁵, essendo generalmente assenti riferimenti puntuali all'istruttoria svolta dall'autorità amministrativa nella decisione di accettazione di impegni.

Nel contesto europeo non vi è una disciplina comune a tutela del diritto di accesso agli atti del procedimento. In Italia, la prassi seguita dall'AGCM, avallata dalla giurisprudenza amministrativa, è nel senso di limitare l'accesso al fascicolo istruttorio a terzi estranei al procedimento che intendono promuovere un'azione di danni¹⁶.

¹⁴ Al riguardo, lo stesso Libro Bianco della Commissione ha sottolineato che «gran parte degli elementi di prova decisivi per comprovare un caso di danni provocati dalla violazione di norme antitrust sono spesso occultati e, essendo in possesso del convenuto o di terzi, non sono solitamente noti in maniera sufficientemente dettagliata all'attore». Cfr. Libro Bianco della Commissione in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, punto 2.2.

¹⁵ Cfr. al riguardo TAR Roma, sez. I, 7 aprile 2008, nn. 2900 e 2902, *Tim-Vodafone-Wind*, se-

condo cui «la stessa mancanza di un formale accertamento dell'illecito non esclude con certezza che gli elementi probatori raccolti fino al momento dell'accettazione degli impegni possano venire utilizzati anche in un giudizio civile. La decisione con impegni non comporta infatti alcuna immunità sul piano civilistico».

¹⁶ Cfr. TAR Roma, sez. I, 20 luglio 2009, n. 7136; 2 novembre 2009, n. 10615 e 13 luglio 2010, n. 24996, in cui il TAR ha stabilito che «in ragione della *ratio* del corpus normativo in materia, gli interessi giuridici considerati dall'art. 24, comma 7, della legge 241/1990 devono ritenersi quelli – e

L'art. 13, d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 (regolamento recante le norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'AGCM) disciplina l'accesso c.d. procedimentale, di cui agli artt. 7 e seguenti l. 241/1990: in particolare, esso riconosce il diritto di accesso ai documenti solo nel corso dell'istruttoria e limitatamente ai soggetti ai quali è stato notificato il provvedimento di avvio, ossia le imprese direttamente destinatarie dell'attività istruttoria, nonché gli eventuali denunciati ed intervenienti. Tale norma tutela, tuttavia, la riservatezza delle informazioni la cui divulgazione potrebbe recare un pregiudizio alle imprese interessate, come ad esempio informazioni sensibili di carattere commerciale o industriale, e ciò a prescindere dal fatto che potrebbero fornire indicazioni utili ai fini di un'azione di danni. La preclusione all'accesso può essere superata nei limiti in cui tali documenti risultino essenziali per assicurare il contraddittorio e/o il diritto di difesa delle imprese accusate nell'ambito del procedimento *antitrust*¹⁷, mentre non viene in rilievo l'eventuale interesse alla divulgazione ai fini di un'azione civile.

Con riferimento all'accesso c.d. informativo, vale a dire successivo alla conclusione del procedimento, trova applicazione il principio generale dettato dall'art. 24, l. 241/1990, sul procedimento amministrativo, in base al quale deve essere sempre garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici¹⁸. L'AGCM ritiene, tuttavia, che tali interessi non pos-

sano essere individuati in un qualsiasi interesse giuridicamente rilevante vantato da un soggetto dell'ordinamento ma, piuttosto, in un interesse attinente all'azione amministrativa in relazione alla quale l'istanza di accesso è stata presentata: di conseguenza, è stato escluso l'accesso ai documenti amministrativi richiesto ai fini della tutela dei diritti di parti private in sede civile, sul presupposto che si tratterebbe di un interesse "eterogeneo" rispetto alle funzioni istituzionali dell'AGCM¹⁹.

In ogni caso, tale l'approccio non preclude la possibilità per l'attore di accedere al fascicolo istruttorio, essendo possibile ricorrere ad altri strumenti previsti dall'ordinamento. L'esibizione di documentazione utile ai fini del processo civile potrebbe essere infatti ottenuta attraverso un ordine di esibizione giudiziale *i)* ai sensi dell'art. 210 c.p.c., nei confronti dell'AGCM o del responsabile della violazione, per la documentazione in possesso di quest'ultimo o *ii)* ai sensi dell'art. 213 c.p.c. (norma utilizzabile anche in assenza dei presupposti richiesti per l'emanazione dell'ordine *ex* art. 210 c.p.c.) nei confronti dell'AGCM²⁰.

In passato, il giudice civile ha effettivamente accolto in alcuni casi richieste di esibizione al fascicolo istruttorio dell'AGCM:

– ai sensi dell'art. 210 c.p.c., nel caso del Tribunale di Palermo, in un'azione per danni promossa in seguito ad un'istruttoria dell'AGCM conclusa tramite impegni²¹;

– ai sensi dell'art. 213 c.p.c., nel caso della Corte di Appello di Roma, in un giudizio di *private enforcement* conseguente

¹⁹ TAR Roma, sez. I, 2 novembre 2009, n. 10615, *Fallimento ELINET S.p.A.*

²⁰ TAR Roma, sez. I, 10 febbraio 2012, n. 1344, *Alitalia*: «gli interessati ben possono proporre istanza al giudice civile ai sensi dell'art. 210 c.p.c. Inoltre, l'art. 213 c.p.c. facoltizza il giudice civile a richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa che ritiene necessario acquisire al processo».

²¹ Ordinanza del Trib. Palermo 15 luglio 2011. L'istanza di esibizione è stata accolta dopo che l'AGCM ha negato l'accesso al fascicolo istruttorio. Il caso trae origine dall'istruttoria A417, avviata nei confronti di Grandi Navi Veloci per un possibile abuso di posizione dominante nel mercato del trasporto di linea di veicoli gommati.

solo quelli – coinvolti dall'azione amministrativa in relazione alla quale la richiesta di accesso». Il TAR ha quindi condiviso la decisione dell'AGCM di negare l'accesso da parte di terzi a documenti da essa detenuti per acquisire evidenze documentali da utilizzare in sede giurisdizionale civile per la tutela di interessi patrimoniali.

¹⁷ A livello comunitario, il definitivo riconoscimento del principio della parità delle armi tra accusa e difesa si è avuto nella pronuncia del Trib. UE, 29 giugno 1965, causa T-30/91, *Solvay c. Commissione*, in *Racc.* p. II-1775. A livello nazionale, cfr. Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 652, *Associazione Vendomusica* e TAR Roma, sez. I, 24 ottobre 2012, n. 9276, *Trenitalia*.

¹⁸ TAR Roma, sez. I, 10 febbraio 2012, n. 1344, *Alitalia*.

ad un procedimento dell'AGCM concluso con una decisione di accertamento e condanna²².

In una occasione, il Tribunale di Milano si è riservato di decidere circa gli ordini di esibizione richiesti da parte attrice, conferendo incarico al CTU “al fine di accertare se e quali documenti si rendono necessari al compimento delle operazioni”²³. Il procedimento in questione ha ad oggetto un'azione di danni conseguente ad un'istruttoria *antitrust* nel settore della telefonia, che si era conclusa con l'accoglimento degli impegni nei confronti della società convenuta in sede civile e con una decisione di infrazione avverso le altre due società indagate oggetto del procedimento amministrativo²⁴.

Può essere interessante un confronto della prassi nazionale con quella degli altri Stati membri, da cui sembrano emergere interessanti indicazioni circa l'approccio particolarmente favorevole seguito in alcune giurisdizioni.

Al riguardo, un fronte piuttosto avanzato sembra essere quello francese, ove la Corte di Parigi ha recentemente ordinato all'Autorità della concorrenza francese di esibire i documenti relativi ad un procedimento amministrativo iniziato a fine giugno 2010 su impulso di alcune società attive nella promozione di buoni sconto via *internet*, tra cui *Ma Liste de Courses*, concluso con un provvedimento di impegni²⁵. A seguito della chiusura del procedimento amministrativo, la società *Ma Liste de Courses* ha avviato un'azione civile al fine di ottenere un risarcimento dei danni su-

biti dalla condotta asseritamente anticompetitiva.

È interessante notare che la società attrice era in possesso, a prescindere dall'accesso al fascicolo degli atti dell'Autorità, della maggior parte della documentazione alla base dell'istruttoria amministrativa, ma in base alla normativa francese non le era riconosciuto il diritto di esibire tale materiale in sede di giudizio civile: l'art. 463, § 6, del Codice Commerciale Francese (c.c.fr.) impedisce, infatti, di utilizzare in altri contesti le informazioni acquisite nell'ambito di un procedimento dell'Autorità della concorrenza. Sebbene una recente decisione della Suprema Corte francese abbia ammesso l'esibizione di tali documenti ove sia necessario per difendere un diritto delle parti²⁶, ciò non sarebbe valso ad escludere il rischio per la società di incorrere in una potenziale violazione della norma citata. Per tale ragione, *Ma Liste de Courses* ha preferito chiedere un ordine di esibizione in sede civile, che è stato concesso dalla Corte di Parigi: il giudice ha in tale sede confermato che l'art. 463, § 6 c.c.fr., non impedisce la possibilità di ordinare l'accesso nell'ambito di un'azione di risarcimento del danno. Di conseguenza, è stato richiesto all'Autorità francese di esibire le versioni non riservate delle dichiarazioni scritte e orali raccolte durante il procedimento istruttorio, tra cui le versioni confidenziali delle osservazioni scritte presentate dalle parti e dai terzi, i verbali delle audizioni, le risposte alle richieste di informazioni ed i documenti trasmessi dalle parti.

²² Ordinanza App. Roma, 8 maggio 2006 (citata da App. Roma, sez. I, 31 marzo 2008). Il caso trae origine dal procedimento I124, *Raffineria di Roma/Fina Italiana/Erg Petroli/Monteshell*, in cui l'AGCM ha accertato un'intesa anticompetitiva nel settore del bitume.

²³ Cfr. Trib. Milano Ordinanza 52997/2010 del 20 maggio 2011.

²⁴ Cfr. istruttoria A357, concernente un presunto abuso di posizione dominante nel settore della telefonia ed in particolare con riferimento alla terminazione di chiamate fisso-mobile su rete telefonica. In esito al procedimento, l'AGCM aveva accertato la responsabilità di due delle società indagate, Telecom e Wind, mentre nei confronti della terza società coinvolta nell'indagine,

Vodafone, l'istruttoria si chiudeva con l'accoglimento degli impegni proposti. Una società cliente di Vodafone proponeva quindi un'azione di risarcimento del danno di tipo *follow on* solo nei confronti di quest'ultima. In tale contesto, l'AGCM aveva notificato la CRI anche a Vodafone e, con il provvedimento di condanna, erano censurate condotte speculari a quelle che nei confronti di Vodafone non erano state accertate a seguito dell'accettazione degli impegni.

²⁵ Tribunal de commerce de Paris, 15 th chambre, *SAS Ma Liste de Courses v. Société HighCo 3.0 et al.*, decisione del 24 agosto 2011.

²⁶ Cour de Cassation, Commercial Chamber, *Semavem*, 19 gennaio 2010.

Da ultimo, merita un breve cenno una decisione dell'Autorità della concorrenza olandese del dicembre 2009, relativa alla richiesta di accesso agli atti da parte di un soggetto potenzialmente interessato a proporre un'azione di danni. Con la decisione in questione, l'Autorità ha accolto tale richiesta, senza la necessità per il soggetto danneggiato di ricorrere in sede giudiziale al fine di ottenere un ordine di esibizione: più specificamente, l'Autorità si è spinta sino a consentire l'accesso alla comunicazione delle risultanze istruttorie (c.d. *onderzoeksrapport*), salvo limitarsi a mantenere riservati i soli riferimenti ai nomi delle persone citate nel documento²⁷.

V. CONCLUSIONI

L'analisi condotta circa i rapporti tra azioni di risarcimento del danno e procedimenti amministrativi conclusi con l'accettazione di impegni consente di apprezzare un quadro variamente composito.

In primo luogo, si è osservato come alcune caratteristiche dei procedimenti con impegni, e in particolare l'assenza nel provvedimento finale di un accertamento formale dell'illecito, potrebbero comportare alcuni elementi di potenziale tensione con le azioni di risarcimento del danno. In linea di principio, le potenziali sovrapposizioni tra le due modalità di *enforcement* sembrerebbero attenuate dal fatto che lo strumento in esame dovrebbe limitarsi ai casi in cui vi sia una fattispecie che solleva problematiche *antitrust*, ma siano assenti condotte potenzialmente gravi. La prassi applicativa mostra, tuttavia, specie a livello nazionale, un utilizzo tutt'altro che marginale dell'istituto in esame: l'applicazione degli impegni, seppure esclusa nel caso delle violazioni c.d. *hard core*, è stata ammessa in altre fattispecie, anche potenzialmente gravi. A fronte di tale contesto, come ben noto, la Commissione ha fornito in più occasioni chiare indicazioni circa l'intenzione di voler incoraggiare le azioni di *private enforcement*, senza tuttavia prendere espressa posizione in merito alle problematiche

potenzialmente connesse alla conclusione con impegni del procedimento amministrativo.

Una questione di rilievo riguarda il valore da attribuire alle decisioni con impegni nei giudizi civili: seppure, infatti, il provvedimento non contiene un formale accertamento dell'illecito, la giurisprudenza comunitaria e nazionale sembrerebbe indicare che le decisioni con impegni presuppongono un dubbio effettivo circa la sussistenza di problematiche *antitrust*. Non può dunque escludersi che, in sede di giudizio civile, si possa tenere conto delle preoccupazioni concorrenziali sollevate dall'autorità amministrativa.

Ulteriori elementi utili ai fini probatori possono altresì essere tratti dai documenti pubblici connessi all'istruttoria, quali il provvedimento di apertura e chiusura del procedimento, nei quali vi è non solo una descrizione preliminare, ma piuttosto puntuale, dei mercati interessati, delle condotte potenzialmente rilevanti, ma anche un primo inquadramento giuridico della fattispecie oggetto di indagine.

Infine, assume significativo rilievo la possibilità per i terzi danneggiati di poter effettivamente esercitare il diritto di accedere al fascicolo istruttorio. A tale proposito, nonostante la mancanza di una disciplina europea uniforme, alcune giurisdizioni comunitarie si sono mostrate piuttosto favorevoli nel consentire l'accesso al fascicolo a tali soggetti. L'orientamento seguito dall'AGCM, con l'avallo della giurisprudenza amministrativa, sembrerebbe piuttosto rigido, nel senso di escludere l'accesso al fascicolo istruttorio a terzi estranei al procedimento, ma è in ogni caso possibile acquisire gli elementi rilevanti attraverso ulteriori strumenti previsti dall'ordinamento (*i.e.* artt. 210 c.p.c. e 213 c.p.c.).

ALBERTO PERA

Bibliografia

CINTIOLI, «Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza», in *Giur. comm.*,

²⁷ Decisione del 7 dicembre 2009, n. 6830 - *Stichting Meldpunt Collectief Onrecht*.

2008, n. 1, p. 109 ss.; DEKEYSER, BECKER, CALISTI, «Impact of public enforcement on antitrust damages actions: Some Likely Effects of Settlements and Commitments on Private Actions for Damages», in *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements Under EC Competition Law*, (a cura di) C.D. Ehlermann, M. Marquis, Oxford, 2010, p. 677 ss.; GITTI, «Gli accordi con le Autorità indipendenti», in *Rivista di diritto civile*, 2011, n. 2, p. 192 ss.; LIBERTINI, «Le Decisioni “patteggiate” nei procedimenti per illeciti antitrust», in *Giorn. dir. amm.*, 12, 2006, p. 1284 ss.; PERA, «Le decisioni

con impegni tra diritto nazionale e comunitario», in *Poteri e garanzie nel diritto antitrust: l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, (a cura di) G. Bruzzone, Bologna, 2008, p. 61 ss.; RAFFAELLI, «Il difficile equilibrio tra public e private enforcement nell'applicazione del diritto antitrust», in *Foro amm. TAR* 2011, 6, p. 1926 ss.; SCOGNAMIGLIO, «Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi», in *Diritto Amministrativo*, 2010, p. 503 ss.; SIRAGUSA, «Le decisioni con impegni», in *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, p. 385 ss.