

CHIARA GARILLI

DECISIONI CON IMPEGNI, PROGRAMMI DI
CLEMENZA E MISURE CAUTELARI
NELL'ATTIVITÀ DELL'AGCM (ANNO 2013)



giuffrè editore - 2014

Estratto al volume:

**CONCORRENZA E MERCATO
2014**

antitrust, regulation, consumer welfare, intellectual property

DECISIONI CON IMPEGNI, PROGRAMMI DI CLEMENZA E MISURE CAUTELARI NELL'ATTIVITÀ DELL'AGCM (ANNO 2013)

di Chiara Garilli (*)

Abstract

L'analisi delle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) nel corso del 2013 dimostra un utilizzo limitato degli strumenti ad essa conferiti in attuazione del cd. decreto Bersani (d.l. 4 luglio 2006, n. 223). Con riferimento alle decisioni con impegni, si nota che, a differenza di quanto avvenuto negli anni immediatamente successivi alla loro introduzione nell'ordinamento giuridico italiano, la prassi più recente dell'Agcm è caratterizzata da un utilizzo residuale di tale istituto. Dunque, in tale nuova prospettiva, i provvedimenti di accettazione di impegni rappresentano, coerentemente con la loro funzione, strumenti eccezionali, di applicazione limitata, non indicati ogniquale volta si sia in presenza di *hard core restrictions* e possa venire pregiudicata l'efficacia deterrente delle sanzioni. Nel corso del medesimo anno, l'Agcm non ha mai ritenuto opportuna l'adozione di misure cautelari, né è stato attivato alcun nuovo programma di clemenza, così confermando, rispetto agli anni precedenti, lo scarso successo applicativo di tali strumenti. Sono state, tuttavia, apportate alcune significative modifiche al programma di clemenza nazionale, atte a renderne più ampio l'ambito applicativo, nell'ottica di una progressiva armonizzazione con il panorama europeo, ed in particolare con il modello di *leniency* della *European Competition Network* (ECN).

The analysis of the practice of the National Competition Authority (*i.e.* Autorità garante della concorrenza e del mercato, hereafter: Agcm) during 2013 shows a reduced use of the instruments provided by the so-called Bersani decree (Law-Decree no. 223/2006). While until 2011 the Agcm made large use of commitment decisions — a policy highly criticized by Italian scholars —, 2012 inaugurated a new approach by Agcm, consisting in a substantial decrease of the cases closed through commitments. This approach confirms the exceptionality character of commitment decisions, that are not appropriate to address hard core restrictions and cases where the Agcm intends to set a fine.

On the contrary, confirming its past practice, during the time covered by these notes, the Agcm has never adopted interim measures and no leniency proceedings have been activated. During the same year, however, the Italian leniency programme has been

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

amended, in order to make it more compatible with the European Competition Network's Leniency Model.

Parole chiave:

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

Classificazione JEL:

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

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. I provvedimenti di accettazione degli impegni: il caso *Assofort/ AdR* — 3. Il rigetto degli impegni. — 4. Le modifiche e l'inottemperanza agli impegni (art. 14-ter, commi 2 e 3, l.at.). — 5. La riapertura dei procedimenti a seguito delle decisioni dei giudici amministrativi. — 6. Le modifiche al programma di clemenza.

1. Introduzione.

All'esito di un processo di convergenza della legislazione antitrust nazionale verso il sistema comunitario "modernizzato" dal Regolamento n. 1/2003, il cd. decreto Bersani (d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con la l. 4 agosto 2006, n. 248) ha dotato l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito, « Agcm » o « Autorità ») di nuovi strumenti di azione consistenti, come è noto, nella possibilità di accogliere impegni, di attivare programmi di clemenza e di adottare misure cautelari ⁽¹⁾.

L'analisi dei provvedimenti assunti dall'Autorità nel corso del 2013 dimostra, in linea generale, uno scarso successo applicativo di tali strumenti, significativamente riassumibile in termini numerici nell'assenza di richieste e/o attivazione di programmi di clemenza, nella mancata adozione di misure cautelari, nonché nella conclusione di un solo procedimento a seguito dell'accettazione di impegni.

Sotto tale ultimo profilo, in particolare, a fronte della chiusura di 14 procedimenti per intese e abusi di posizione dominante, solo uno si è concluso senza l'accertamento dell'infrazione in ragione dell'accoglimento degli impegni (v. § 2), mentre quattro sono stati caratterizzati dal rigetto degli impegni proposti da una o più parti nel corso del procedimento (v. § 3). Peraltro, a confortare il quadro sinteticamente delineato, contribuisce il dato di un unico provvedimento di pubblicazione di impegni in tutto il 2013 ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Sulla riforma del 2006, cfr., in generale, G. BRUZZONE, M. BOCCACCIO, *L'antitrust in Italia dopo la modernizzazione: i particolari alla luce del sistema*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e Garanzie nel diritto antitrust — L'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 13 ss.; P. CASSINIS, *I nuovi poteri dell'Autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2006, pp. 719 ss.; F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in *Giur. comm.*, 2008, I, pp. 109 ss.; C. LACAVA, *Misure cautelari, decisioni con impegni, programmi di clemenza: la prima attuazione nel diritto antitrust italiano*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, pp. 673 ss.

⁽²⁾ V. Agcm, A443-NTV/FS/Ostacoli all'accesso nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri ad alta velocità, provv. n. 24550, 22 ottobre 2013, in *Boll.* n. 42, 2013. Si tratta di un procedimento avviato nei confronti delle Ferrovie dello Stato — e delle sue società controllate — per accertare l'esistenza di una violazione dell'articolo 102 Tfeue, suscettibile di rallentare l'ingresso nel mercato dei servizi ferroviari ad alta velocità da parte dell'operatore nuovo entrante, NTV, a beneficio di Trenitalia.

L'analisi empirica, dunque, mostra certamente segni di continuità con la prassi più recente dell'Agcm, che, in materia di impegni, ha dimostrato, soprattutto negli ultimi anni, la tendenza a ricondurre l'istituto verso un'applicazione più limitata e coerente con la sua *ratio* ⁽³⁾.

Tale orientamento, già parzialmente manifestatosi con un progressivo ridimensionamento nei fatti delle decisioni di accettazione degli impegni ⁽⁴⁾, ha trovato esplicita enunciazione nella *Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter della l. n. 287/1990* ⁽⁵⁾, con la quale l'Autorità ha inteso, anche formalmente, discostarsi da quel massiccio ed acritico utilizzo degli impegni che ne aveva caratterizzato l'azione negli anni immediatamente successivi all'introduzione di tale istituto nel nostro ordinamento giuridico ⁽⁶⁾.

È con tale Comunicazione che l'Agcm, in aderenza ai principi comunitari, intende ricondurre l'istituto alla sua più genuina funzione, concependo l'accettazione degli impegni alla stregua di uno strumento eccezionale — o quantomeno di limitata utilizzazione — a fronte di procedimenti dall'esito incerto e di illeciti non rientranti nel novero delle violazioni gravi della concorrenza, al fine di non pregiudicare l'efficacia deterrente delle sanzioni (v. § 6, Comunicazione) ⁽⁷⁾.

⁽³⁾ Cfr. F. DI PORTO, *Recent Developments in Italian Competition Law (year 2012)*, in *Conc. Merc.*, 2013, pp. 380 ss.; C. GARILLI, *Decisioni con impegni, misure cautelari e programmi di clemenza (anno 2012)*, *ivi*, pp. 453 ss.; M.G. MONTANARI - G. MAZZANTINI, *Gli impegni tra prassi amministrativa e sindacato giurisdizionale*, *ivi*, pp. 141 ss.

⁽⁴⁾ Ravvisano un'inversione di tendenza nell'utilizzo dello strumento degli impegni già nel corso del 2011 F. DI PORTO, *Recent Developments in Italian Competition (year 2011)*, in *Conc. Merc.*, 2012, pp. 59 ss. e F. DI CRISTINA, *Decisioni con impegni, misure cautelari e programmi di clemenza nell'attività dell'Autorità antitrust (anno 2011)*, *ivi*, pp. 143 ss. Per qualche dato statistico circa la rilevanza numerica dei casi conclusi con l'accettazione di impegni in Italia e in Europa: A. PERA, G. CODACCI PISANELLI, *Decisioni con impegni e private enforcement nel diritto antitrust*, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 1, 2012, pp. 72 ss.; A. GIANNACCARI, C. LANDI, *Antitrust? Grazie, abbiamo altri impegni!*, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 2, 2012, pp. 236 ss.; M. G. MONTANARI - G. MAZZANTINI, *Gli impegni tra prassi amministrativa e sindacato giurisdizionale*, *cit.*, pp. 142 ss.; D. OTTOLENGHI, *Le misure cautelari e gli impegni nell'esperienza dell'Autorità Garante (2009 e 2010)*, in *Conc. Merc.*, 2011, pp. 151 ss.; F. GHEZZI, *La disciplina italiana degli impegni antitrust, ossia l'uso e l'abuso di uno strumento di decisione (troppo) flessibile*, in *Riv. soc.*, 2012, pp. 450 ss.

⁽⁵⁾ Cfr. Agcm, *Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287*, provv. n. 23863, 6 settembre 2012, in *Boll.* n. 35, 2012, sulla quale sia consentito rinviare ancora a C. GARILLI, *Decisioni con impegni, misure cautelari e programmi di clemenza (anno 2012)*, *cit.*, pp. 457 ss.

⁽⁶⁾ La dottrina italiana si è sovente mostrata critica nei confronti di un massiccio ricorso alle decisioni con impegni: cfr., fra altri, A. GIANNACCARI, C. LANDI, *Antitrust? Grazie, abbiamo altri impegni!*, *cit.*, pp. 231 ss.; L. DI VIA, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante*, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 1, 2007, pp. 229 ss.; G. COLANGELO, *I rischi della concorrenza patteggiata: note a margine del caso Aci global*, in *Dir. ind.*, 2009, pp. 360 ss.; A. PERA, M. CARPAGNANO, *The Law and Practice of Commitment Decisions: A Comparative Analysis*, in *ECLR*, 2008, pp. 669 ss.; F. GHEZZI, *La disciplina italiana degli impegni antitrust, ossia l'uso e l'abuso di uno strumento di decisione (troppo) flessibile*, *cit.*, pp. 447 ss.; M. FILIPPELLI, *Le misure correttive per abusi di posizione dominante e cartelli tra imprese nel diritto della concorrenza*, in *Conc. Merc.*, 2011, pp. 620 ss.; A. PERA, *Le decisioni con impegni tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust — L'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, *cit.*, pp. 61 ss.

⁽⁷⁾ Conformemente all'interpretazione generalmente accolta del Considerando n. 13 del Reg. n. 1/2003 (sul quale cfr. C. J. COOK, *Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9, in World Competition*, 29, n. 2, 2006, pp. 209 ss.; W. P. J. WILS, *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No. 1/2003, in World Competition*, 29, n. 3, 2006, pp. 345 ss.), dunque, è lecito ritenere che l'ambito elettivo di applicazione degli

Un ruolo non secondario nell'elaborazione dei limiti applicativi dell'istituto è stato svolto anche dai giudici amministrativi, che in più occasioni hanno ribadito l'esigenza del rispetto dei principi di proporzionalità e strumentalità degli impegni rispetto alle presunte infrazioni concorrenziali, nonché la necessità dell'osservanza dei requisiti procedurali atti a garantire il soddisfacimento di tali condizioni ⁽⁸⁾.

Il peso assunto in tale materia dai tribunali amministrativi è emerso con particolare evidenza nel corso del 2013, dal momento che in tale anno si è assistito alla riapertura, in ottemperanza alla decisione del Tar Lazio, del procedimento *Conto TV/Sky Italia* — conclusosi nel 2010 con l'accoglimento degli impegni proposti da Sky — ed alla chiusura del procedimento *Procedure selettive Lega Calcio*, in precedenza riaperto a seguito dell'annullamento del provvedimento di accettazione degli impegni ad opera del Tribunale amministrativo e, successivamente, del Consiglio di Stato (v. il successivo § 5).

Se la "stretta" dell'Agcm in materia di impegni merita complessivamente una valutazione positiva, al contrario, desta qualche perplessità il costante insuccesso del programma nazionale di clemenza, rispetto al quale la stessa Autorità, negli ultimi anni, sta assumendo specifiche iniziative volte a rendere la *leniency* più appetibile per le imprese potenzialmente interessate (v. § 6). Quanto, infine, alla perdurante assenza di misure cautelari nell'ambito dei provvedimenti dell'Agcm degli ultimi anni, in questa sede non ci si può che limitare ad evidenziare il ridotto utilizzo di tale strumento, pure salutato, all'indomani della sua introduzione nell'ordinamento giuridico italiano, come un importante passo avanti verso un incremento di efficacia dell'azione dell'Autorità, in una proficua sinergia con il *private enforcement* ⁽⁹⁾.

impegni sia quello delle intese di cooperazione orizzontale e di quelle verticali potenzialmente connesse ad effetti pro-concorrenziali, nonché degli abusi meno gravi e caratterizzati dall'assenza di dolo; al contrario, è da considerare inopportuno l'accoglimento di impegni a fronte di *hard core restrictions* e di altre condotte particolarmente pericolose per la concorrenza, quali gli abusi escludenti (cfr. M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *Gli strumenti di iniziativa dell'impresa nei procedimenti davanti all'Autorità*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust — L'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, cit., p. 149; K. MARCANTONIO, *La decisione con impegni e l'esercizio della funzione antitrust*, in *Gior. dir. amm.*, n. 5, 2012, pp. 554 ss.; A. PERA, *Le decisioni con impegni tra diritto comunitario e diritto nazionale*, cit., pp. 15-16). Sembra, invece, favorevole ad un più ampio utilizzo dello strumento, in una logica promozionale e non meramente repressiva dell'attività dell'Agcm, V. MINERVINI, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle Autorità indipendenti*, in *Conc. Merc.*, 2013, pp. 163 ss.

⁽⁸⁾ Tra le sentenze più rilevanti in tal senso, v. Cons. di Stato, Sez. VI, 20 novembre 2013, nn. 5500 e 5501; Cons. di Stato, Sez. VI, 30 maggio 2011, n. 3230; Cons. di Stato, Sez. VI, 19 novembre 2009, n. 7307; Tar Lazio, Sez. I, 9 maggio 2011, n. 3964; Tar Lazio, Sez. I, 10 maggio 2010, nn. 10571 e 10572; Tar Lazio, Sez. I, 8 maggio 2009, n. 4994; Tar Lazio, Sez. I, 22 ottobre 2008, n. 10428; Tar Lazio, Sez. I, 29 dicembre 2007, n. 14157. Tutte le sentenze citate sono reperibili integralmente sul sito www.giustizia-amministrativa.it

⁽⁹⁾ In tema cfr. M. LIBERTINI, *Le misure cautelari*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust — L'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, cit., pp. 47 ss., anche in *Riv. dir. ind.*, 2008, I, pp. 5 ss.; P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 418 ss.; G. OLIVIERI, *I poteri cautelari dell'Autorità Garante*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. IARUCCI, *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 441 ss.; Id., *I poteri cautelari dell'Agcm tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 1, 2007, pp. 51 ss. e anche in F. CNTIOLI, G. OLIVIERI (a cura di), *I nuovi strumenti di tutela antitrust — Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 33 ss.; A. POLICE, *I «nuovi» poteri dell'Autorità garante della concorrenza e le prospettive in termini di tutela giurisdizionale*, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 1, 2007, pp. 85 ss.

Tabella 1. Impiego degli strumenti del cd. pacchetto Bersani da parte dell'Agcm (2006-2013)

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Procedimenti conclusi in materia di intese e abusi	8	19	16	16	24	15	14	14
Procedimenti chiusi con l'accettazione di impegni	1	10*	11	9	13	4	3	1
Misure cautelari adottate	2	1	0	0	0	0	0	0
Programmi di clemenza attivati	0	0	1**	3***	0	0	0	0

* Nei casi *A357-Tele2/Tim-Vodafone-Wind* e *I651-A.D.S. Accertamenti Diffusione Stampa - Audipress*, l'accettazione degli impegni ha riguardato solo alcune delle parti coinvolte — rispettivamente Vodafone e Audipress — determinando la chiusura parziale dei relativi procedimenti.

** Nel caso *I701- Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, il programma di clemenza è stato attivato nel 2008; successivamente all'avvio del procedimento, altre società hanno presentato domande di trattamento favorevole, accolte nel corso del 2009.

*** I casi *I722-Logistica internazionale* e *I733- Servizi di Agenzia Marittima* sono stati caratterizzati dall'accoglimento delle domande di clemenza da parte dell'Agcm nel corso del 2009 e dal successivo accoglimento, nel corso del 2010, di ulteriori domande di trattamento favorevole proposte da altre parti dei rispettivi procedimenti.

2. I provvedimenti di accettazione degli impegni: il caso *Assofort/AdR*.

L'unico caso conclusosi nel corso del 2013 con l'accettazione di impegni, ai sensi dell'art. 14-ter l. n. 287/90 (l.at.), concerne un presunto abuso di posizione dominante a carico di Aeroporti di Roma S.p.A. (AdR), consistente nell'imposizione di condizioni ingiustificatamente gravose nei confronti di soggetti svolgenti attività di autonoleggio senza conducente ⁽¹⁰⁾.

Il provvedimento di avvio d'istruttoria — a seguito di una segnalazione dell'Associazione Nazionale Fornitori Trasporti (Assofort) — si proponeva di valutare l'eventuale rilevanza, ai sensi dell'articolo 3 l.at, delle condotte di AdR, consistenti, tra l'altro, nel tentativo d'imporre a Hertz Italiana S.r.l. condizioni ingiustificatamente gravose nella forma di corrispettivi per servizi non resi, per l'esercizio dell'attività di autonoleggio senza conducente, svolta al di fuori dell'Aeroporto di Roma Fiumicino ⁽¹¹⁾.

L'autonoleggio senza conducente (cd. *low cost*) è un'attività che Hertz svolge tramite un mandatario con rappresentanza (De Montis Holding S.r.l. o DMH), avvalendosi di una rimessa sita alcuni chilometri fuori dal sedime aeroportuale, e alla quale i clienti vengono accompagnati con una navetta, dopo essere stati prelevati lungo la viabilità perimetrale dell'aeroporto.

Oltre a tale attività, Hertz gestisce direttamente alcune aree interne all'aeroporto con destinazione ad uffici e parcheggi — dove è possibile stipulare contratti di autonoleggio e prendere possesso del mezzo assegnato —, sulla base di un'apposita convenzione per la sub-concessione di beni demaniali stipulata con AdR.

Le condotte contestate ad AdR sono consistite, in particolare, nella richiesta ad Hertz di un corrispettivo variabile commisurato ai ricavi realizzati tramite l'attività di

⁽¹⁰⁾ Agcm, *A442 - Assofort/Adr-Servizi Aeroportuali*, provv. n. 24190, 31 gennaio 2013, in *Boll.* n. 6, 2013.

⁽¹¹⁾ AdR è la società concessionaria della gestione degli aeroporti di Roma-Fiumicino e di Roma-Ciampino sulla base della convenzione n. 2820 stipulata con il Ministero dei Trasporti il 26 giugno 1974, da ultimo sostituita da una nuova convenzione stipulata con l'Enac il 25 ottobre 2012.

autonoleggio *low cost*, in misura e con modalità equivalenti a quelle fissate nel contratto di sub-concessione con la stessa intercorrente.

Peraltro, come specificato in corso di istruttoria, AdR ritiene che lo svolgimento da parte di Hertz di un'attività di noleggio *low cost* (per il tramite del suo mandatario) rappresenti una violazione della suddetta sub-concessione, che vieterebbe lo svolgimento di attività differenti da quelle di noleggio di autoveicoli presso l'aeroporto⁽¹²⁾.

Alla luce di tali contestazioni, AdR, con la comunicazione del 17 settembre 2012, ha proposto impegni ai sensi dell'art. 14-ter l.at., poi modificati e integrati, a seguito del *market test*, in data 28 dicembre 2012.

In particolare, la più recente versione degli impegni prevede la rinuncia di AdR alle *royalties* sull'attività di autonoleggio *low cost* svolta da Hertz per il tramite di DMH, ferma restando la prosecuzione in sede civile dell'azione volta ad ottenere la risoluzione della convenzione intercorrente con Hertz per inadempimento contrattuale di quest'ultima.

Inoltre, AdR si impegna a fornire degli stalli di fermata agli operatori di autonoleggio *low cost*, onde consentire la sosta delle navette e la salita dei passeggeri, dietro stipula di apposite convenzioni di sub-concessione⁽¹³⁾.

A fronte delle obiezioni dell'Enac, sollevate nel corso del *market test* e relative alle difficoltà di utilizzo condiviso degli stalli di fermata, AdR ha chiarito che saranno bandite delle gare, con modalità trasparenti e non discriminatorie (da comunicare preventivamente all'Autorità), onde consentire agli operatori interessati di utilizzare le aree di fermata, senza disservizi dovuti ad un eventuale congestionamento⁽¹⁴⁾.

L'Agcm ha ritenuto gli impegni proposti coerenti e proporzionati rispetto all'ipotesi di infrazione contestata, nonché idonei a rimuovere gli ostacoli frapposti allo sviluppo dei servizi di autonoleggio *low cost* nell'area dell'aeroporto di Fiumicino, con conseguenti benefici per i consumatori finali.

Non si può fare a meno di considerare, tuttavia, come anche le modifiche apportate non appaiano pienamente sufficienti a dirimere i dubbi, sollevati nel corso del *market test*, circa l'effettiva idoneità degli impegni. In particolare, con riferimento alle pretese economiche nei confronti di Hertz per l'attività di autonoleggio *low cost*, l'attuale formulazione degli impegni non sembrerebbe precludere che tali richieste vengano rivolte a DMH o, più probabilmente, alla stessa Hertz in sede civile (ad es., a titolo di risarcimento per l'inadempimento rispetto agli obblighi nascenti dal contratto di sub-concessione)⁽¹⁵⁾.

⁽¹²⁾ Per tale ragione, in data 27 luglio 2012, AdR ha avviato un'azione giudiziaria civile dinanzi al Tribunale di Roma nei confronti di Hertz e DMH, per ottenere la risoluzione per inadempimento della sub-concessione.

⁽¹³⁾ Per quanto attiene al corrispettivo che sarà richiesto da AdR per la sub-concessione degli stalli, la società si è impegnata ad applicare un importo fisso, privo di *royalties*, da calcolare alla luce dei seguenti parametri: 1) dimensione dell'impresa al momento della stipula del contratto di sub-concessione; e 2) intensità di sfruttamento dei servizi aeroportuali. AdR ha, altresì, previsto che il corrispettivo fisso non possa superare un importo massimo derivante dalla media aritmetica semplice degli importi dei cinque contratti stipulati da AdR con altrettanti autoparcheggiatori.

⁽¹⁴⁾ Con riferimento a tale ultimo aspetto, la società, con nota del 22 gennaio 2013, ha precisato che « (...) la celebrazione della predetta gara non potrà che presupporre ed essere subordinata ad una situazione di futura saturazione degli spazi disponibili, tale da determinare problematiche alla viabilità aeroportuale ed alla sicurezza delle operazioni di fermata e/o sosta delle navette per il trasporto dei clienti che dovessero essere segnalate e/o rilevate dall'Autorità competente».

⁽¹⁵⁾ Gli impegni recitano testualmente che AdR rinuncia a richiedere « direttamente » a Hertz il pagamento delle *royalties* in questione, il che non pregiudica, per esplicita conferma di AdR, le

Inoltre, l'assegnazione degli stalli di fermata tramite contratti onerosi di sub-concessione, non sembrerebbe tenere nella dovuta considerazione le osservazioni dell'Associazione per i diritti degli utenti e dei consumatori (Aduc), secondo cui, ai sensi del codice della strada, esiste un diritto di fermata lungo la viabilità *land-side* dell'aeroporto, che non potrebbe quindi dar luogo alla corresponsione di corrispettivi di sorta.

Infine, la chiusura del procedimento tramite impegni preclude all'Autorità di valutare i potenziali effetti anticoncorrenziali legati all'inserimento nei contratti di sub-concessione di clausole volte ad impedire agli autonoleggiatori operanti all'interno dell'aeroporto lo svolgimento di attività di noleggio *low cost* immediatamente fuori dal sedime aeroportuale. Dunque, sarebbe stato preferibile che il provvedimento dell'Agcm, quantomeno limitatamente a tali profili, desse una più ampia motivazione della decisione di accoglimento degli impegni.

3. Il rigetto degli impegni.

Nell'arco temporale preso in considerazione dalla presente rassegna, l'Autorità ha concluso quattro procedimenti, previo rigetto degli impegni proposti dalle parti nel corso degli stessi ⁽¹⁶⁾. Può essere interessante considerare che, nell'ambito di tali casi, solo uno si è concluso con l'applicazione di una elevata sanzione amministrativa pecuniaria (*A428-Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*) ⁽¹⁷⁾.

Gli altri procedimenti esaminati, al contrario, si sono conclusi senza sanzionare l'impresa proponente gli impegni, in considerazione della non restrittività della condotta dalla stessa posta in essere (*I745-Consigli degli ordini degli avvocati/Diniego all'esercizio di avvocato*), oppure in ragione della disapplicazione della norma nazionale impositiva della condotta anticoncorrenziale (*A441-Applicazione dell'Iva sui servizi postali*), o ancora a causa della chiusura del procedimento per il venir meno dei motivi che avevano dato luogo all'avvio dell'istruttoria (*I739-Mondadori Electa-Réunion des Musées Nationaux/JVCO*).

Tabella 2. Procedimenti conclusi previo rigetto degli impegni (2013)

Tipologia della violazione	Caso	Presentazione impegni	Esito del procedimento
Intesa	<i>I739 - Mondadori Electa-Réunion des Musées Nationaux/JVCO</i>	Si	Non violazione
	<i>I745 - Consigli degli ordini degli avvocati/Diniego all'esercizio di avvocato</i>	Si*	Violazione/Sanzione**

azioni già intraprese in altre sedi, tramite le quali potrebbe, ad esempio, essere chiesto un risarcimento del danno per violazione della sub-concessione.

⁽¹⁶⁾ Agcm, *I739 - Mondadori Electa-Réunion des Musées Nationaux/JVCO*, provv. n. 24273, 13 marzo 2013, in *Boll.* 12, 2013; *A441 - Applicazione dell'iva sui servizi postali*, provv. n. 24293, 27 marzo 2013, in *Boll.* 17, 2013; *I745 - Consigli degli ordini degli avvocati/diniego all'esercizio di avvocato*, provv. n. 24327, 23 aprile 2013, in *Boll.* n. 19, 2013; *A428 - Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*, provv. n. 24339, 9 maggio 2013, in *Boll.* n. 20, 2013.

⁽¹⁷⁾ Più specificamente, a Telecom sono state inflitte due sanzioni rispettivamente di euro 88.182.000 (corrispondente allo 0,3% del fatturato realizzato nel 2011) e di euro 15.612.000 (corrispondente allo 0,05% del fatturato del 2011).

Tipologia della violazione	Caso	Presentazione impegni	Esito del procedimento
Abuso di posizione dominante	A441 - Applicazione dell'iva sui servizi postali	Sì	Violazione/No Sanzione
	A428 - Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia	Sì	Violazione/Sanzione

* Gli impegni sono stati presentati soltanto dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Chieti.

** La condotta del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Chieti non è stata ritenuta restrittiva della concorrenza e, dunque, non è stata sanzionata.

Il procedimento che ha coinvolto Mondadori Electa e *Réunion des Musées Nationaux* (RMN) ha avuto ad oggetto una presunta intesa anticoncorrenziale, ai sensi dell'art. 101 Tfu, consistente nella condivisione delle strategie di partecipazione alle gare bandite dal Ministero per i Beni e le Attività Culturali, relative alla gestione delle librerie museali ed all'organizzazione di mostre⁽¹⁸⁾.

All'esito dell'istruttoria, l'Agcm ha ritenuto infondate le preoccupazioni paventate nel procedimento di avvio, in considerazione degli effetti pro-concorrenziali e sinergici dell'accordo in esame⁽¹⁹⁾.

A ciò si aggiunge, poi, che le due imprese erano già addivenute alla stipula di un *Termination Agreement*, per effetto del quale RMN aveva ceduto a Mondadori Electa la sua partecipazione nell'impresa comune (JVCO), così eliminando ogni legame strutturale tra loro esistente.

Tale misura era stata presentata dalle parti alla stregua di un impegno di natura strutturale, cui Mondadori Electa aveva affiancato altri impegni di tipo comportamentale⁽²⁰⁾.

Dal provvedimento in esame, non è dato conoscere le ragioni del rigetto degli impegni, né avere contezza delle eventuali obiezioni sollevate nel corso del *market test*; è plausibile, tuttavia, che — una volta venuta meno la costituzione dell'impresa comune — gli altri impegni siano apparsi superflui e poco coerenti con gli addebiti contestati⁽²¹⁾.

⁽¹⁸⁾ Più nel dettaglio, il 30 settembre 2010 le parti avevano comunicato all'Autorità, ai sensi dell'art. 16, comma 1, l.4, la stipula di un *Framework Agreement*, attraverso il quale veniva creata un'impresa comune denominata JVCO, finalizzata alla partecipazione alle gare bandite dal Ministero per i beni e le attività culturali per la gestione di servizi museali accessori. L'Agcm ha deliberato il non luogo a procedere, ritenendo che JVCO non presentasse i requisiti di una fattispecie concentrativa, ma riservandosi di valutarne la legittimità alla luce della disciplina sulle intese anticoncorrenziali (Agcm, C10769- *Electa Mondadori - Société Éditions D'art Lys/JVCO*, provv. n. 21830, 24 novembre 2010, in *Boll.* n. 46, 2010). Di conseguenza, con delibera del 15 dicembre 2010, l'Autorità ha avviato il procedimento in esame, ai sensi dell'art. 101 Tfu: cfr. L. AMMANNATI, *Competition in regulated markets. The insurance and banking sectors* (2013), in questo numero di *Conc. Merc.*; A. CANDIDO, A. CANEPA, V. CARFI, *La tutela della concorrenza nei mercati regolati: le decisioni dell'Agcm in materia di servizi di interesse economico generale*, *ivi*, in questo numero di *Conc. Merc.*.

⁽¹⁹⁾ Peraltro, tale sinergia si era realizzata attraverso la costituzione di una impresa comune (JVCO), destinata a raggiungere la piena operatività soltanto nell'ultima fase della sua costituzione, e subordinatamente al verificarsi di un evento oggettivamente futuro ed incerto (cd. *Concession Event*). Di fatto, dunque, l'alleanza strategica non aveva mai avuto piena attuazione.

⁽²⁰⁾ Cfr. gli impegni presentati con comunicazione del 16 maggio 2011, integrata in data 13 settembre 2011, da Mondadori Electa, e quelli presentati da RMN il successivo 19 maggio 2011, entrambi pubblicati sul sito www.agcm.it.

⁽²¹⁾ Per completezza, si fa presente che Mondadori Electa si era, altresì, impegnata ad astenersi dal partecipare in associazione con altre imprese, per un periodo di tempo determinato, alle gare di affidamento di alcuni servizi museali, allo scopo di consentire una maggiore apertura del mercato (I impegno comportamentale), nonché ad istituire e promuovere una borsa di studio o un assegno di ricerca per l'importo di 8.000 euro, per sostenere la ricerca in materia di gestione e valorizzazione del patrimonio culturale (II impegno comportamentale).

Quanto al caso che ha coinvolto Poste Italiane, esso è stato caratterizzato dalla disapplicazione, da parte dell'Autorità, della normativa italiana in materia di IVA sui servizi postali, in quanto giudicata in contrasto con la corrispondente normativa europea ⁽²²⁾.

In considerazione della sussistenza di una normativa italiana legittimante la condotta dell'operatore postale, l'Agcm non ha sanzionato Poste italiane, pur ritenendo che il comportamento di quest'ultima, consistente nell'esenzione dall'IVA dei servizi postali prestati a condizioni negoziate individualmente, integrasse gli estremi di un abuso di posizione dominante ⁽²³⁾.

Nel corso del procedimento, peraltro, Poste Italiane aveva presentato degli impegni, ai sensi dell'art. 14-ter l.at., giudicati inidonei a far venir meno i profili anticoncorrenziali paventati nel provvedimento di avvio d'istruttoria.

Si è accompagnato, invece, alla comminazione di sanzioni molto elevate il rigetto degli impegni proposti da Telecom nell'ambito del procedimento instaurato, su denuncia dell'operatore concorrente Wind, ai sensi dell'art. 102 Tfu.

L'Agcm ha contestato a Telecom, attuale detentore di una posizione dominante nei mercati all'ingrosso dell'accesso disaggregato alla rete locale e dell'accesso a banda larga, una strategia escludente, principalmente consistente in due differenti condotte: a) l'elevato numero di rifiuti di attivazioni di servizi all'ingrosso richiesti dai concorrenti per la fornitura di servizi ai clienti finali; b) l'applicazione di rilevanti sconti alla clientela *business* nelle aree aperte all'ULL (*Unbundling del Local Loop*), così da non consentire agli operatori concorrenti (cc.dd. OLO, *Other licensed operators*) di competere in maniera efficace nell'offerta di tali servizi ⁽²⁴⁾.

Il caso, come anticipato, è stato caratterizzato dal rigetto degli impegni presentati da Telecom ai sensi dell'art. 14-ter l.at., in relazione al quale è difficile esprimere un giudizio, non essendo a conoscenza dei risultati del *market test*, né delle motivazioni alla base del rifiuto dell'Agcm. ⁽²⁵⁾ Certamente, comunque, il rigetto è coerente con l'intento di limitare l'accettazione degli impegni ai casi di minore gravità, rispetto ai quali potrebbe giustificarsi la compromissione dell'efficacia deterrente della sanzione.

Al di là di tali considerazioni, uno degli aspetti più interessanti del procedimento in esame è quello relativo alla cooperazione tra l'Autorità antitrust e l'Autorità di regolazione del settore (Agcm): l'esistenza di un quadro regolatorio, sul cui rispetto vigila l'Autorità di settore, non esclude che l'impresa interessata conservi margini di autonomia

⁽²²⁾ Sulla disapplicazione delle disposizioni normative nazionali contrastanti con il diritto comunitario, v. per tutti Corte di Giustizia, sentenza 9 settembre 2003, causa C-198/01, *CIF*, nella quale, inoltre, si afferma chiaramente il principio secondo cui, a fronte del comportamento di un'impresa legittimato da una normativa nazionale, l'Autorità « non può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti pregressi qualora questi siano stati loro imposti dalla detta normativa nazionale ... ».

⁽²³⁾ Per una disamina del caso, cfr. A. CANDIDO, A. CANEPA, V. CARFÌ, *La tutela della concorrenza nei mercati regolati: le decisioni dell'Agcm in materia di servizi di interesse economico generale*, cit. e L. AMMANNATI, *Competition in regulated markets. The insurance and banking sectors (2013)*, cit.,

⁽²⁴⁾ Cfr. L. AMMANNATI, *Competition in regulated markets. The insurance and banking sectors (2013)*, cit.

⁽²⁵⁾ Si veda la versione definitiva degli impegni proposti da Telecom, con le comunicazioni rispettivamente dell'8 luglio e del 2 agosto 2011, sottoposta a pubblicazione sul sito web dell'Agcm con provvedimento del 4 agosto 2011 (Agcm, A428 - *Wind-Fastweb/Condote Telecom Italia*, provv. n. 22638, 4 agosto 2011, in *Boll.* n. 29, 2011).

nella determinazione dei propri comportamenti, tali da rendere la suddetta condotta valutabile sulla base della normativa antitrust, e come tale sanzionabile ⁽²⁶⁾.

Sulla base di tale presupposto, è stata disattesa una delle principali argomentazioni difensive di Telecom, consistente nel ribadire la conformità della propria condotta alla regolazione di settore ed agli impegni precedentemente assunti nei confronti dell'Agcom ⁽²⁷⁾.

Infine, sono stati giudicati manifestamente inidonei, e come tali neppure sottoposti al *market test*, gli impegni proposti dal Consiglio dell'ordine degli avvocati di Chieti nel corso del procedimento che ha visto sanzionare, seppure con ammende simboliche (1000 euro ciascuno), alcuni Consigli degli ordini degli avvocati (COA), che, tramite proprie delibere o regolamenti, avevano di fatto ostacolato l'esercizio della professione legale in Italia da parte degli avvocati comunitari ⁽²⁸⁾. Peraltro, non si può fare a meno di notare come, fra i COA sanzionati, non figuri quello di Chieti, la cui condotta non è stata giudicata restrittiva della concorrenza.

4. Le modifiche e l'inottemperanza agli impegni (art. 14-ter, commi 2 e 3 l.at.).

Come noto, ai sensi dell'art. 14-ter, l'Autorità può riaprire d'ufficio il procedimento, nell'ipotesi in cui, tra l'altro, siano intervenuti cambiamenti in relazione ai fatti sui quali si è basata la decisione di accoglimento degli impegni, ovvero le parti risultino inadempienti rispetto agli obblighi assunti (comma 3).

In tale ultimo caso, peraltro, l'Agcom può irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato delle imprese coinvolte (comma 2).

Ad eccezione dei due procedimenti oggetto della successiva trattazione (*i.e. Acquedotto Pugliese e Organizzazione servizi marittimi nel golfo di Napoli*), a far data

⁽²⁶⁾ L'Agcom, nel parere reso con comunicazione del 29 marzo 2013, evidenzia il rapporto di complementarità tra l'attività di regolazione e quella di tutela della concorrenza, osservando come, da un lato, « i comportamenti dell'operatore [...] che derivano dall'ottemperanza a specifici obblighi di natura regolamentare non possono costituire violazione delle norme antitrust », e, dall'altro, che, quando la regolamentazione impone degli obblighi di carattere generale, è possibile che « l'impresa regolata possa autonomamente porre in essere condotte restrittive della concorrenza in violazione delle norme antitrust ». Si tratta, peraltro, di affermazioni in linea con l'orientamento comunitario: v. Corte di Giustizia, 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Telia Sonera*; Corte di Giustizia, 14 ottobre 2010, causa C-280/08, *Deutsche Telekom*; Corte di Giustizia, 16 dicembre 1975, cause riunite C-40 a 48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, *Suiker Unie e altri/Commissione*; Tribunale di I grado, 10 aprile 2008, causa T-271/03, *Deutsche Telekom*; Tribunale di I grado, 29 marzo 2012, causa T-333/07, *Telefonica*. Per una panoramica delle più recenti decisioni dei tribunali amministrativi sul punto, v. G. MANGIONE, *La giurisprudenza amministrativa in materia antitrust (anno 2012)*, in *Conc. Merc.* 2013, pp. 610 ss. Infine, in tema, si veda il recente *Protocollo di intesa tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Boll.* n. 20, 2013.

⁽²⁷⁾ Il riferimento è agli impegni proposti da Telecom all'Agcom nel 2008 e resi vincolanti da tale Autorità con la delibera n. 718/08/CONS.

⁽²⁸⁾ Più nel dettaglio, i Consigli dell'ordine sanzionati avevano previsto per l'iscrizione nell'apposita sezione speciale dell'Albo requisiti non richiesti dalla normativa comunitaria, ai sensi della quale per tale iscrizione sarebbe necessaria la sola attestazione dell'avvenuta iscrizione presso l'organizzazione professionale del Paese di provenienza. Al contrario, i COA citati avevano, con modalità differenti, subordinato l'iscrizione alla necessaria prova, da parte degli istanti, dell'effettivo svolgimento di attività professionale nel Paese di provenienza. Il provvedimento in esame s'inserisce nel consolidato orientamento della giurisprudenza comunitaria e nazionale: Corte di Giustizia, 7 novembre 2000, causa C-168/98, *Lussemburgo/Parlamento e Consiglio*; Corte di Giustizia, 19 settembre 2006, causa C-506/09, *Wilson*; Cass. SS.UU., 22 dicembre 2011, n. 28340.

dall'introduzione dell'art. 14-ter l.at., l'Autorità, si è trovata a valutare la presunta inottemperanza delle imprese agli impegni assunti solo in due occasioni, concludendo entrambi i procedimenti nel senso della non violazione (v. Tabella 3).

Più numerose sono state le ipotesi in cui l'Agcm, attivando i suoi poteri di monitoraggio successivo, ha ritenuto opportuno prorogare gli impegni originariamente assunti o apportare modifiche accessorie ai medesimi, senza la necessità di riaprire il procedimento di valutazione degli stessi con un nuovo *market test*.

In un solo caso, infine, l'Autorità ha riaperto il procedimento per l'intervenuta modifica delle circostanze fattuali *ex art. 14-ter*, comma 3, l.at., a causa dell'annullamento parziale da parte dei giudici amministrativi della decisione di accettazione degli impegni (A378C - *Federitalia/Federazione Italiana Sport Equestri- Fise*, sul quale v. Tabella 4).

Tabella 3. Modifiche e inottemperanza agli impegni (2008-2013)

	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Modifiche accessorie e/o proroghe agli impegni	2	-	2	-	1	1
Procedimenti per inottemperanza	-	1*	-	-	1**	-
Esito dei procedimenti per inottemperanza	-	Non violazione*	-	-	Non violazione**	-

* Si tratta del caso A357C - *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*, avente ad oggetto la presunta inottemperanza di Vodafone agli impegni accolti dall'Agcm con provvedimento del 2007.

** Si tratta del caso A396C - *Gargano Corse/ACI*, avente ad oggetto l'inottemperanza agli impegni accolti dall'Autorità con provvedimento del 2009.

Nel corso del 2013, l'Agcm ha contestato ad Acquedotto Pugliese l'inottemperanza agli impegni accolti a chiusura del procedimento per abuso di posizione dominante nell'erogazione del Servizio idrico integrato (Sii) ⁽²⁹⁾. Gli obblighi assunti da Acquedotto Pugliese al fine di eliminare le paventate restrizioni concorrenziali consistevano in misure strutturali e comportamentali: le prime erano volte ad eliminare la propria posizione di monopolio nella realizzazione degli allacciamenti alla rete idrica o fognaria; le seconde avevano ad oggetto l'impegno a non subordinare più la conclusione del contratto di somministrazione per i nuovi allacciamenti alla rete idrica o fognaria al pagamento anticipato dei relativi oneri (con affidamento preventivo dei necessari lavori di allacciamento).

L'effettiva realizzazione degli impegni, tuttavia, avrebbe richiesto una partecipazione attiva da parte dell'Autorità dell'ambito territoriale ottimale della Regione Puglia (Aato Puglia), al fine di modificare i tre principali atti su cui si basava la disciplina regolatoria del settore (*i.e.* la Convenzione per i servizi idrici, il Regolamento del servizio idrico integrato e il Disciplinare Tecnico del servizio di allacciamento). Al riguardo, l'Aato Puglia si era spontaneamente impegnata ad attuare, nel più breve tempo possibile, la rimodulazione degli strumenti di regolazione del Sii, e l'Agcm, dal canto suo, avrebbe dovuto monitorare le iniziative svolte da Acquedotto Pugliese per l'effettiva implementazione di tali modifiche regolatorie.

⁽²⁹⁾ Agcm, A395C - *Acquedotto pugliese - Opere di allacciamento alla rete idrica - Inottemperanza*, provv. n. 24529, 23 settembre 2013, in *Boll.* n. 40, 2013. Gli impegni erano stati accolti con il provvedimento A395 - *Acquedotto pugliese - Opere di allacciamento alla rete idrica*, provv. n. 19045, 30 ottobre 2008, in *Boll.* n. 41, 2008.

A fronte delle segnalazioni provenienti da alcuni consumatori e dal Movimento di Difesa del Cittadino, denuncianti il perdurante monopolio di Acquedotto Pugliese nei servizi di allacciamento della rete idrica e fognaria, l'Agcm, con il provvedimento in esame, ha aperto il suddetto procedimento — ancora pendente — per inottemperanza agli impegni assunti, ai sensi dell'art. 14-ter, co. 2, l.at. ⁽³⁰⁾.

Nel corso del medesimo anno, l'Autorità ha altresì contestato alle società di gestione del trasporto marittimo di passeggeri attive nel golfo di Napoli e di Salerno l'inottemperanza agli impegni accolti nel 2009, e ritenuti idonei a chiudere, senza accertamento dell'infrazione, il procedimento avviato nei confronti di queste ultime per violazione dell'art. 2 l.at. o dell'art. 101 Tfu ⁽³¹⁾.

L'inadempimento rispetto agli impegni assunti deriverebbe, in tal caso, dall'utilizzo — in sostituzione del Consorzio linee marittime partenopee (Clmp), posto in liquidazione in adempimento degli impegni stessi — di nuovi ed ulteriori sistemi di coordinamento delle strategie commerciali tra le predette società. In particolare, la concertazione nella ripartizione delle rotte e nella politica tariffaria continuerebbe ad avvenire per il tramite dell'Associazione cabotaggio armatori partenopei (Acab) e della società Gescab S.r.l.

Nel caso di specie, l'Agcm ha, inoltre, deciso di ampliare l'ambito oggettivo e soggettivo dell'istruttoria, così da procedere alla verifica di ulteriori condotte concertative, coinvolgendo in tale valutazione anche Gescab e Acab, in qualità di veicoli attraverso i quali le società interessate, non soltanto avrebbero violato gli impegni assunti, ma potrebbero avere ulteriormente coordinato le proprie strategie commerciali ⁽³²⁾.

E, con successivo provvedimento, l'Autorità ha ulteriormente ampliato l'ambito oggettivo dell'istruttoria, al fine di valutare l'esistenza di un analogo coordinamento tra le società di trasporto marittimo di passeggeri sulle rotte verso le Isole Eolie e le Isole Pontine ⁽³³⁾.

Infine, sono stati prorogati sino al 30 giugno 2015 gli impegni assunti da Enel nell'ambito del procedimento *Enel - Dinamiche formazioni prezzi mercato energia elettrica in Sicilia* ⁽³⁴⁾, originariamente assunti fino al 31 dicembre 2013.

⁽³⁰⁾ Incidentalmente, si fa presente che Acquedotto Pugliese ha ipotizzato un'incompatibilità tra gli impegni assunti nei confronti dell'Agcm e la nuova regolamentazione di settore che attribuisce all'Autorità per l'energia elettrica e per il gas (Aeeg) la competenza in materia di Servizio idrico integrato (Sii), ivi incluso il servizio di allacciamento (d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 convertito, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214). La stessa Aeeg, tuttavia, nella lettera del 15 febbraio 2013, ha chiarito che la nuova regolazione non risulta incompatibile con il provvedimento di impegni e ha invitato l'impresa a «porre in essere tutte le iniziative necessarie per portare a termine, con estrema sollecitudine, il processo di ottemperanza agli impegni».

⁽³¹⁾ Agcm, *I689C- Organizzazione servizi marittimi nel golfo di Napoli*, provv. n. 24357, 30 maggio 2013, in *Boll.* n. 24, 2013. Gli impegni erano stati accolti con il provvedimento *I689- Organizzazione servizi marittimi nel golfo di Napoli*, provv. n. 20378, 15 ottobre 2009, in *Boll.* n. 41, 2009.

⁽³²⁾ Si fa presente che l'estensione soggettiva del procedimento ha riguardato anche la società Lauro.it S.p.A., che, in qualità di socio di Gescab S.r.l. e *holding* del gruppo Lauro, potrebbe aver svolto un ruolo attivo nella determinazione delle strategie commerciali del gruppo, contribuendo alla violazione degli impegni, nonché all'ulteriore coordinamento delle politiche commerciali fra le parti.

⁽³³⁾ Agcm, *I689C- Organizzazione servizi marittimi nel golfo di Napoli*, provv. n. 24514, 11 settembre 2013, in *Boll.* n. 37, 2013.

⁽³⁴⁾ Agcm, *A423- Enel - Dinamiche formazioni prezzi mercato energia elettrica in Sicilia*, provv. n. 24633, 28 novembre 2013, in *Boll.* n. 51, 2013. Con provvedimento del 22 dicembre 2010, l'Autorità aveva accolto gli impegni proposti da Enel e Enel Produzione (EP), così chiudendo il

La durata dei suddetti impegni, infatti, era stata originariamente commisurata alla data di entrata in esercizio della nuova linea di interconnessione Sorgente — Rizziconi tra la Sicilia e il Continente, che sarebbe dovuta avvenire entro il 2013.

Enel, dunque, si è trovata costretta a chiedere la revisione del termine di durata degli impegni assunti, in considerazione del fatto che la data di entrata in servizio della suddetta interconnessione è stata procrastinata da Terna S.p.A. al 2015 ⁽³⁵⁾; in ragione di quanto sopra, l'istanza di revisione è stata accolta dall'Autorità e gli impegni prorogati sino a giugno 2015 ⁽³⁶⁾.

5. La riapertura dei procedimenti a seguito delle decisioni dei giudici amministrativi.

Secondo quanto accennato nel paragrafo introduttivo, l'analisi dell'operato dell'Agcm in materia di impegni nel corso del 2013 mostra una stretta connessione con i provvedimenti assunti dai giudici amministrativi: in primo luogo, infatti, in ottemperanza ad una decisione del Tar Lazio, si è assistito alla riapertura di un procedimento precedentemente chiuso dall'Autorità tramite l'accettazione di impegni (*Conto TV/Sky Italia*) ⁽³⁷⁾; inoltre, è giunto a conclusione un altro procedimento, oggetto di precedente riapertura a seguito dell'annullamento della decisione di accettazione degli impegni ad

procedimento, avviato nei confronti di tali soggetti, per abuso di posizione dominante nel mercato all'ingrosso dell'energia elettrica nella macro-zona Sicilia (Agcm, *A423- Enel - Dinamiche formazioni prezzi mercato energia elettrica in Sicilia*, provv. n. 21960, 22 dicembre 2010, in *Boll.* n. 50/2010). Solo per completezza, si ricorda che l'avvio di tale procedimento era stato determinato da una segnalazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (Aeeg), con la quale venivano comunicati all'Autorità alcuni comportamenti posti in essere sui mercati all'ingrosso dell'energia elettrica — e in particolare nella macrozona Sicilia — nei mesi di novembre e dicembre 2008, e gennaio 2009. In particolare, l'Aeeg riteneva che gli alti livelli dei prezzi registrati nel trimestre novembre 2008 - gennaio 2009 non fossero completamente riconducibili, né alle rilevanti avarie e indisponibilità verificatesi nel periodo, né all'andamento del costo dei combustibili (omogeneo sul territorio nazionale). Le condotte contestate ad EP ed Enel, dunque, consistevano nell'aver utilizzato nel suddetto trimestre il trattenimento della propria capacità produttiva per esacerbare i vincoli di offerta esistenti o per creare situazioni di scarsità al fine di far fissare il prezzo ad impianti che avevano presentato offerte più elevate, aumentando i propri profitti. (Agcm, *A423- Enel - Dinamiche formazioni prezzi mercato energia elettrica in Sicilia*, provv. n. 21960, cit., par. 24).

⁽³⁵⁾ L'Autorità per l'energia elettrica ed il gas ha individuato nel mese di giugno 2015 il termine per la realizzazione della linea di interconnessione ai fini del riconoscimento a Terna degli incentivi per la realizzazione degli interventi strategici sulla rete di trasmissione nazionale (cfr. Aeeg, delibera 40/2013/R/Eel, *Individuazione degli investimenti strategici di sviluppo della rete di trasmissione nazionale e delle relative date di obiettivo e milestone*).

⁽³⁶⁾ Il principale impegno assunto da Enel Produzione consiste nell'eliminazione del cd. trattenimento economico attraverso una limitazione dei prezzi per tutti i propri impianti siciliani a partire dal 1° gennaio 2011 fino al momento in cui sarà completato il nuovo elettrodotto di collegamento tra la Sicilia ed il Continente da 1000 MW (con relativa auspicabile cessazione dei problemi dovuti alla carenza di offerta di energia sull'isola). Tale limitazione consiste nella fissazione di un tetto massimo alle offerte (*bid cap*) pari, nel 2011, a 190 €/MWh.

⁽³⁷⁾ Agcm, *A407C - Conto TV/Sky Italia*, provv. n. 24474, 31 luglio 2013, in *Boll.* n. 32, 2013, in ottemperanza alla decisione del Tar Lazio, Sez. I, 9 maggio 2011, n. 3964 (reperibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it), con la quale era stato annullato il provvedimento di accoglimento degli impegni proposti da Sky Italia (Agcm, *A407 - Conto TV/Sky Italia*, provv. n. 21316, del 7 luglio 2010, in *Boll.* n. 27, 2010).

opera del Tribunale amministrativo, successivamente confermata dal Consiglio di Stato (*Procedure selettive Lega Calcio*)⁽³⁸⁾.

Entrambi i casi forniscono l'occasione di analizzare l'orientamento dei tribunali amministrativi in ordine ad alcuni fondamentali limiti, sostanziali e procedurali, volti a garantire l'accoglimento di impegni adeguati e proporzionali all'eliminazione dei profili anticoncorrenziali paventati dall'Autorità in avvio di istruttoria.

Peraltro, i casi analizzati rappresentano sino ad ora le uniche ipotesi di riapertura del procedimento a seguito dell'annullamento del provvedimento di accettazione di impegni da parte dei tribunali amministrativi.

Tabella 4. Riapertura di procedimento a seguito di decisioni dei giudici amministrativi (2006-2013)

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Decisioni di accettazione di impegni	1	9	11	9	13	4	3	1
Decisioni di accettazione impegni oggetto di impugnazione	-	2	5	2	2	2	1	1
Riaperture dei procedimenti a seguito di annullamento	-	-	-	-	1*	1	-	1

* Più precisamente, nel caso *A378C - Federitalia/Federazione Italiana Sport Equestri (FISE)*, del 22 aprile 2010, l'Autorità ha ritenuto di riaprire il procedimento *ex art. 14-ter*, comma 3, l.at., in considerazione del fatto che l'annullamento parziale della decisione di accettazione degli impegni da parte dei giudici amministrativi integrasse un mutamento delle circostanze fattuali tale da renderne necessaria una nuova valutazione.

Quanto al procedimento relativo al presunto abuso di posizione dominante di Sky nel mercato italiano della pay-Tv, il Tar ha sottolineato come gli impegni dalla stessa proposti⁽³⁹⁾ — e resi obbligatori dall'Agcm con decisione del 7 luglio 2010⁽⁴⁰⁾ — non sarebbero stati in grado di eliminare retroattivamente gli effetti distorsivi della concorrenza, ipoteticamente riconducibili alle condotte dell'operatore dominante nell'offerta dei servizi di accesso *wholesale* alla propria piattaforma tecnica⁽⁴¹⁾.

In sintesi, stando alle affermazioni del Tribunale, l'Agcm non potrebbe accettare impegni a fronte di condotte che abbiano già consumato i loro effetti, a meno che tali impegni non siano in grado di rimuovere questi ultimi⁽⁴²⁾.

⁽³⁸⁾ Agcm, *A418C - Procedure selettive Lega Calcio 2010/11 e 2011/12*, provv. n. 24206, 6 febbraio 2013, in *Boll.* n. 7, 2013. Il procedimento era stato riaperto d'ufficio con provv. n. 22837, del 28 settembre 2011, in *Boll.* n. 39, 2011.

⁽³⁹⁾ Si osserva che tali impegni si inserivano in un quadro regolatorio complesso - costituito dalla normativa di settore e da diverse decisioni dell'Agcom, assunte proprio nell'ambito di precedenti controversie con Conto TV (v. Agcm, *A407 - Conto TV/Sky Italia*, provv. n. 21316, cit., parr. III e III.2) -, ed ulteriormente arricchito da altri ed autonomi impegni assunti dalla controllante di Sky Italia (The News Corporation Ltd.) a seguito dell'operazione di concentrazione comunitaria (Commissione, 2 aprile 2003, caso COMP/M.2876 - *Newscorp/Telepiù*).

⁽⁴⁰⁾ Agcm, *A407 - Conto TV/Sky Italia*, provv. n. 21316, cit., sul quale v. D. OTTOLENGHI, *Le misure cautelari e gli impegni nell'esperienza dell'Autorità garante (2009 e 2010)*, cit., pp. 166-167.

⁽⁴¹⁾ In particolare, Sky avrebbe praticato all'emittente satellitare Conto TV condizioni di accesso alla piattaforma più onerose di quelle praticate alle proprie divisioni interne, nonché all'emittente Rete Tele Brescia.

⁽⁴²⁾ In precedenza, v. Tar Lazio, Sez. I, 29 dicembre 2007, n. 14157.

Peraltro, il giudice amministrativo ha statuito che l'accoglimento degli impegni, evitando un pronunciamento da parte dell'Autorità in merito alle condotte del soggetto in posizione dominante, rende più difficile per l'operatore concorrente agire in sede civile per il risarcimento del danno sofferto.

Dunque, in presenza di effetti irreversibili prodotti dalla condotta sospetta, destinati a permanere anche a seguito degli impegni presentati, l'Agcm « non potrebbe legittimamente abdicare alla propria funzione istituzionale, interrompendo il procedimento volto all'accertamento di un abuso di posizione dominante», e così sostanzialmente rimettendo al giudice civile la verifica incidentale dell'esistenza di un illecito concorrenziale nell'ambito di un eventuale giudizio risarcitorio.

L'enunciazione del principio secondo cui, in presenza di condotte che abbiano già prodotto effetti irreversibili, all'Agcm sarebbe sostanzialmente preclusa la chiusura del procedimento tramite l'accettazione di impegni suscita qualche perplessità. Sarà interessante, dunque, analizzare la posizione del Consiglio di Stato — a fronte del ricorso proposto dalla Agcm ⁽⁴³⁾ — in ordine a simili conclusioni, che, se confermate, finirebbero con il ridurre sensibilmente la discrezionalità dell'Autorità nell'accettazione degli impegni ⁽⁴⁴⁾.

Si è concluso, invece, per il venir meno delle preoccupazioni concorrenziali ipotizzate nel provvedimento di avvio dell'istruttoria il procedimento avente ad oggetto un presunto abuso della Lega Calcio nella predisposizione e negoziazione dei pacchetti relativi ai diritti audiovisivi sulle partite di calcio di serie A e B ⁽⁴⁵⁾.

Anche tale procedimento si era chiuso con l'accoglimento degli impegni proposti dalla Lega Calcio, ed anche in tal caso la sua riapertura era stata determinata dalla decisione di annullamento del provvedimento di accettazione degli impegni ad opera del Tar Lazio, successivamente confermata dal Consiglio di Stato ⁽⁴⁶⁾.

In particolare, la decisione del Consiglio di Stato muove dal principio secondo cui

⁽⁴³⁾ La stessa Autorità, nel provvedimento di riapertura del procedimento in questione, informa di avere depositato il ricorso al Consiglio di Stato in data 3 ottobre 2011.

⁽⁴⁴⁾ Sul punto, cfr. F. GHEZZI, *La disciplina italiana degli impegni antitrust, ossia l'uso e l'abuso di uno strumento di decisione (troppo) flessibile*, cit., pp. 479-480; B.L. BOSCHETTI, *Enforcement del diritto antitrust e risarcimento del danno*, in *Conc. merc.*, 2013, pp. 63 ss.

⁽⁴⁵⁾ Sinteticamente, l'Autorità ha ritenuto venute meno le preoccupazioni concorrenziali emerse in sede di avvio, in quanto, nei fatti, l'assegnazione dei diritti audiovisivi nel periodo oggetto di esame ha evidenziato una sufficiente apertura alla concorrenza tra operatori inter-piattaforma (anche se non intra-piattaforma): Agcm, *A418C - Procedure selettive lega calcio 2010/11 e 2011/12*, provv. n. 24206, cit., par. 76. Analogamente, l'Agcm ha ritenuto venuti meno i presupposti da cui muovevano le preoccupazioni concorrenziali evidenziate nel provvedimento di ampliamento oggettivo del procedimento (Agcm, *A418 - Procedure selettive lega calcio 2010/11 e 2011/12*, provv. n. 20343, 1 ottobre 2009, in *Boll.* n. 39, 2009): infatti, nel corso della procedura, è stato eliminato lo sconto sui pacchetti di Serie A in caso di contemporaneo acquisto dei pacchetti di Serie B (Agcm, *A418C - procedure selettive lega calcio 2010/11 e 2011/12*, provv. n. 24206, cit., parr. 81-82). Sul caso cfr. anche L. AMMANNATI, *Competition in regulated markets. The insurance and banking sectors (2013)*, cit.; A. CANDIDO, A. CANEPA, V. CARFI, *La tutela della concorrenza nei mercati regolati: le decisioni dell'Agcm in materia di servizi di interesse economico generale*, cit..

⁽⁴⁶⁾ Il Tar Lazio, Sez. I, con sentenze del 10 maggio 2010, nn. 10571 e 10572, accogliendo i ricorsi proposti rispettivamente da Adiconsum e da Conto TV, ha annullato il provvedimento dell'Autorità del 18 gennaio 2010 (Agcm, *A418 - Procedure selettive lega calcio 2010/11 e 2011/12*, provv. n. 20687, in *Boll.* n. 3, 2010). Sul punto v. D. OTTOLENGHI, *Le misure cautelari e gli impegni nell'esperienza dell'Autorità garante (2009 e 2010)*, cit., 159 ss. Il Consiglio di Stato, Sez. VI, con sentenza n. 3230 del 30 maggio 2011 ha confermato la pronuncia del Tar Lazio n. 10571/2010 e annullato il provvedimento impugnato. Con sentenza n. 52380 del 5 agosto 2010 il Consiglio di Stato ha, invece, annullato la sentenza del Tar Lazio n. 10572/2010, per avvenuta rinuncia da parte di

qualsiasi modifica agli impegni originari, che non sia da qualificare come meramente accessoria, debba essere nuovamente sottoposta al *market test*.

In proposito, può essere interessante considerare come la già citata *Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter della l. n. 287/1990* dovrebbe concorrere ad eliminare — o quantomeno a ridurre — la prassi censurata dal Consiglio di Stato: ai sensi del paragrafo n. 12 della *Comunicazione*, infatti, dovrebbe essere consentito al proponente introdurre — per una volta soltanto — modifiche accessorie rispetto agli impegni originariamente presentati e purché strettamente connesse ai risultati del *market test*.

È ancora presto per valutare se e in che misura tale previsione contribuirà ad evitare modifiche artatamente “accessorie” e contestualmente a non appesantire i tempi della procedura, in linea con gli obiettivi di economia procedimentale sottesi alla disciplina degli impegni.

6. Le modifiche al programma di clemenza.

Secondo quanto in precedenza evidenziato, nel 2013 non è stato attivato alcun nuovo programma di clemenza. L'insuccesso, ormai evidente, della *leniency* in Italia — in controtendenza con le proficue applicazioni che in altri Paesi ha avuto tale strumento ⁽⁴⁷⁾ — è presumibilmente dovuto a molteplici ragioni, sulle quali spesso la dottrina si è trovata a riflettere ⁽⁴⁸⁾.

Alcune inefficienze del programma nazionale di clemenza potrebbero essere definite “sistemiche”, in quanto derivanti da molteplici aspetti legati all'assetto giuridico, economico e sociale italiano: tra queste, assume rilievo la scarsa propensione socio-culturale delle imprese italiane ad assumere atteggiamenti delatori, specie là dove l'avvio di una istruttoria antitrust sia avvertito come poco probabile, o poco incisivo nell'eventuale comminazione delle relative sanzioni.

Più squisitamente giuridiche, ma ugualmente “sistemiche”, sono altre cause di inefficienza, strettamente legate alle peculiarità dell'assetto normativo del programma di clemenza italiano: ci si riferisce, in particolare, alle potenziali ricadute delle dichiarazioni confessorie delle imprese coinvolte nei procedimenti giudiziari penali e civili, rispetto alle

Conto TV al ricorso di primo grado e agli effetti favorevoli della sentenza. Le sentenze citate sono reperibili sul sito www.giustizia-amministrativa.it

⁽⁴⁷⁾ Il riferimento è, in primo luogo, agli Stati Uniti, dove, tuttavia, l'analisi del successo della *leniency* non può non tener conto del rapporto con l'ordinamento penale. Anche a livello europeo, comunque, non mancano Paesi che presentano dati significativi, così come significativi sono i dati dell'applicazione del programma di clemenza europeo da parte della Commissione (*Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese*, 2006/C 298/11): cfr. V. D'ANTONIO, *Le politiche di clemenza in diritto antitrust - Principi, modelli e tecniche in comparazione*, Torino, Giappichelli, 2012, 186 ss. e 347 ss.

⁽⁴⁸⁾ Sulle caratteristiche del programma italiano di clemenza, si veda ASSONIME, *I programmi di leniency della Commissione europea e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Circolare n. 241/2007, in *Riv. soc.*, 2007, pp. 872 ss.; P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit., pp. 389 ss.; V. MELI, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*, in *Merc. Conc. Reg.*, n. 1, 2007, pp. 201 ss.; J. BERTONE, M. MAGGIOLINO, *L'introduzione dei programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano: ragioni e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2007, pp. 1370 ss.; M. SCUFFI, *I difficili rapporti tra il programma di clemenza ed il private enforcement nel diritto antitrust*, in *Dir. ind.*, 2010, pp. 471 ss.

quali la stessa Agcm ha recentemente fatto alcune interessanti proposte di modifiche legislative ⁽⁴⁹⁾.

Infine, potenziali ricadute negative in termini di successo dei programmi di clemenza nazionali sono, più in generale, legate all'esigenza di una più compiuta armonizzazione a livello internazionale, ed europeo in particolare, delle normative dei differenti Paesi: il rischio di un intervento, magari con esiti contrastanti in merito all'attivazione del programma di clemenza, da parte di una pluralità di Autorità di concorrenza potrebbe rappresentare, infatti, un ulteriore e determinate motivo di dissuasione per le imprese interessate a confessare la partecipazione ad un cartello potenzialmente foriero di effetti restrittivi in una pluralità di Stati (cd. cartelli multigiurisdizionali).

In questa prospettiva, come è noto, l'European Competition Network (ECN) ha elaborato un modello di *leniency* volto a garantire uniformità normativa e applicativa tra i Paesi membri, nonché ad agevolare le modalità di richiesta di attivazione del programma di clemenza nel caso di cartelli con effetti transfrontalieri ⁽⁵⁰⁾.

Le recenti modifiche apportate a tale modello nel 2012, hanno spinto l'Agcm ad introdurre corrispondenti variazioni al programma italiano, principalmente riconducibili ad un ampliamento del perimetro applicativo della *leniency* e ad una più ampia possibilità di ottenere un *marker* e di presentare domande in forma semplificata all'Autorità, nel caso in cui la Commissione europea sia nella posizione più idonea per la trattazione del caso e la conduzione del relativo procedimento ⁽⁵¹⁾.

Quanto al primo aspetto, benché il campo elettivo di applicazione del programma di clemenza continui ad essere costituito dai cartelli segreti di fissazione di prezzi, limitazione della produzione o delle vendite e compartimentazione dei mercati, il nuovo testo della Comunicazione precisa che la segretezza potrebbe concernere anche solo alcuni aspetti della concertazione e che i benefici della clemenza non potrebbero essere aprioristicamente esclusi nel caso in cui l'intesa presenti anche alcuni elementi verticali ⁽⁵²⁾.

La nuova versione del settimo punto della Comunicazione, poi, specifica i doveri di collaborazione che le imprese aspiranti ai benefici della clemenza devono osservare nel corso della procedura: rispetto al passato, si chiarisce che l'elenco contenuto in tale disposizione è da ritenere non esaustivo, in considerazione del fatto che il dovere di collaborazione potrebbe avere varie ricadute concrete difficilmente preventivabili.

⁽⁴⁹⁾ V. Agcm, AS988 — *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013*, cit.; per alcune sintetiche osservazioni, cfr. C. GARILLI, *Decisioni con impegni, misure cautelari e programmi di clemenza (anno 2012)*, cit., pp. 468 ss.

⁽⁵⁰⁾ Il *Model Leniency Programme* è stato adottato dalla ECN il 29 settembre 2006 (MEMO/06/356), ed è stato recentemente revisionato in data 22 novembre 2012 (MEMO/12/887) (v. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-887_en.htm; il testo è reperibile in <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>). Si tratta di un modello che non trova diretta applicazione e non è di obbligatoria attuazione da parte dei Paesi membri (in questo senso viene definito meramente teorico), ma funge da parametro di riferimento per l'uniformazione del diritto europeo in materia di *leniency*: v. soprattutto V. D'ANTONIO, *Le politiche di clemenza in diritto antitrust - Principi, modelli e tecniche in comparazione*, cit., pp. 238 ss.

⁽⁵¹⁾ Cfr. Agcm, *Modifica della Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della Legge 287/90*, provv. n. 24219, 31 gennaio 2013, in *Boll.* n. 11, 2013. Con successiva delibera del 31 luglio 2013 (provv. n. 24506), l'Autorità ha corretto un errore materiale della citata Comunicazione, a seguito del quale, nel testo modificato, non erano stati inclusi gli emendamenti relativi alla disciplina dell'accesso alle dichiarazioni confessionarie e ai documenti prodotti dalle imprese che chiedano di beneficiare del trattamento favorevole (*i.e.* i punti 8, 10 e 10-bis, introdotti con provvedimento n. 21092 del 6 maggio 2010).

⁽⁵²⁾ V. i nuovi punti 1-bis e 1-ter.

Nell'elenco esemplificativo di tali condotte, in particolare, è stato inserito anche l'inedito obbligo di attivarsi per reperire informazioni o documenti in possesso di dipendenti e dirigenti, prima del loro licenziamento, o, laddove possibile, delle loro dimissioni (punto 7, lett. *b*).

Inoltre, l'obbligo di segretezza circa la presentazione della domanda di clemenza viene parzialmente mitigato, consentendo ai soggetti interessati di ottenere il parere legale di un consulente esterno, a condizione che l'impresa si assicuri che tale soggetto non divulghi l'informazione a terzi (punto 7, lett. *c*).

Infine, la possibilità di richiedere un *marker* all'Agcm (punto 15) o di presentare alla stessa una domanda in forma semplificata (punto 16) è stata estesa anche alle imprese che intendano conseguire il beneficio della riduzione della sanzione, e non necessariamente l'esenzione dall'ammenda.

Si auspica che tali modifiche possano incentivare le imprese a denunciare, anche qualora decidano di collaborare in un momento successivo all'attivazione del programma di clemenza, fornendo alle Autorità di concorrenza preziosi elementi di prova in ordine alla sussistenza ed alle caratteristiche dei cartelli.

Alla luce del nuovo testo della Comunicazione, tuttavia, non si può fare a meno di notare come, anche a seguito delle suaccennate e condivisibili modifiche, permanga nel programma di clemenza italiano una delle caratteristiche alle quali si ritiene, sia pure parzialmente, imputabile il suo sostanziale insuccesso: ci si riferisce, in particolare, all'eccessiva discrezionalità dell'Autorità nella valutazione delle dichiarazioni e del materiale probatorio fornito dalle imprese collaboranti, cui inevitabilmente si accompagna una forte incertezza circa l'effettiva concessione dei benefici della clemenza ⁽⁵³⁾.

⁽⁵³⁾ Cfr., soprattutto, V. D'ANTONIO, *Le politiche di clemenza in diritto antitrust - Principi, modelli e tecniche in comparazione*, cit., pp. 162 ss e 272 ss., il quale definisce tale caratteristica della *leniency* italiana in controtendenza rispetto allo stesso modello comunitario.