

# L'Autorità Garante della Concorrenza pubblica una nuova Comunicazione in materia di impegni con l'obiettivo di fornire maggiore chiarezza e trasparenza per le imprese

## Contenuti

1. La nuova Comunicazione in materia di impegni
2. Presentazione degli impegni
3. Procedure per la valutazione di impegni

## 1. La nuova Comunicazione in materia di impegni

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("**Autorità**"), in data 6 settembre 2012, ha approvato la nuova Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-ter della Legge 10 ottobre 1990, n. 287 ("**Comunicazione**"), in vigore a decorrere dal 17 settembre. La Comunicazione, che sostituisce la precedente adottata in data 12 ottobre 2006 (e modificata in data 9 febbraio 2011), segue la consultazione pubblica avviata dall'Autorità tra maggio e giugno 2012. Essa rappresenta un documento orientativo auto-vincolante per l'Autorità che definisce con maggiore accuratezza le regole procedurali per l'applicazione dell'articolo 14-ter, fornendo così un quadro più trasparente per le imprese che intendono presentare impegni nell'ambito di un'istruttoria antitrust. Come noto, infatti, le imprese possono, ai sensi dell'articolo 14-ter della Legge 287/1990, proporre "impegni" comportamentali o strutturali idonei a risolvere i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria al fine di giungere alla conclusione della stessa senza accertamento di alcuna infrazione né imposizione di sanzioni<sup>1</sup>.

## 2. Presentazione degli impegni

Analogamente alla precedente comunicazione del 2006, in base alla Comunicazione le Parti sono tenute a presentare (i) **con congruo anticipo rispetto al termine di tre mesi** dall'inizio del procedimento, una **versione non definitiva degli impegni**; (ii) la **versione definitiva** degli impegni, **entro tre mesi** dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria.

Il testo approvato - come la precedente comunicazione - non qualifica il termine di tre mesi per la presentazione degli impegni definitivi quale perentorio: al riguardo, la Comunicazione fa dunque un passo indietro rispetto alla bozza sottoposta a consultazione pubblica, secondo cui "[l']Autorità considera il suddetto termine di tre mesi di carattere perentorio". La modifica apportata sembra recepire le osservazioni dei contributi pervenuti in sede di consultazione, nonché porsi in linea con la giurisprudenza amministrativa che si è pronunciata sul punto, la quale ha chiarito che *"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"*<sup>2</sup>. Detta qualifica del termine trimestrale quale ordinario appare peraltro coerente con la possibilità, ammessa dalla Comunicazione, di proroghe discrezionali da parte dell'Autorità, che sarebbe invece a rigore esclusa in presenza di termini perentori.

<sup>1</sup> Articolo 14-ter, comma 1, Legge 287/90: "Entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione".

<sup>2</sup> Cfr. TAR Lazio, sez. I, 7 aprile 2008, n. 2902; il carattere sollecitatorio del termine è stato recentemente confermato da TAR Lazio, sez. I, 9 maggio 2011, n. 3964.

Al riguardo, si osserva infatti che l'Autorità si riserva di ammettere la presentazione di impegni oltre il suddetto termine solo *"in ipotesi eccezionali, sulla base di una motivata e tempestiva istanza di parte"*. Tale previsione, non prevista nel precedente testo, a detta della stessa Comunicazione è volta a garantire la funzione deflattiva dell'istituto degli impegni ed esigenze di economia procedimentale. Tuttavia, la possibilità di consentire deroghe solo in casi eccezionali al termine trimestrale – unitamente alla previsione secondo cui, come si dirà oltre, l'Autorità può ritenere di non esaminare gli impegni proposti tardivamente – potrebbe di fatto comportare per le parti conseguenze simili a quelle che conseguirebbero alla qualifica del termine come perentorio. Sarebbe, invero, di fatto preclusa la possibilità per le parti di presentare impegni oltre il termine trimestrale.

Un'ulteriore novità rispetto al precedente testo e alla bozza sottoposta a consultazione è che, a seguito della presentazione preliminare degli impegni, *"le parti interessate, anche su propria istanza, saranno sentite dalla Direzione competente"*: l'audizione preliminare presso gli Uffici, che appariva prima come ipotesi eventuale<sup>3</sup>, sembrerebbe ora parte integrante dell'*iter* che le stesse parti possono richiedere. L'oggetto dell'audizione, inoltre, non si limita più a mere precisazioni (o "integrazioni", termine introdotto dalla Comunicazione) volte ad una corretta comprensione del contenuto degli impegni proposti, ma si estende anche alle precisazioni che fossero necessarie per apprezzare la *"efficacia [degli impegni] a risolvere i problemi anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria"*. L'audizione in questione sembrerebbe dunque entrare nel merito, seppure in via preliminare, dell'analisi che sarà successivamente svolta dall'Autorità: si tratta di un momento importante di confronto tra imprese ed Autorità che potrebbe risultare utile al fine di una rapida definizione delle misure da proporre in via definitiva.

### 3. Procedure per la valutazione di impegni

Quanto alla valutazione dell'Autorità in merito all'accoglimento degli impegni proposti, la Comunicazione introduce due importanti precisazioni, con riferimento sia alle ipotesi in cui può essere percorsa la procedura con impegni, sia alle caratteristiche cui devono rispondere le misure proposte dalle parti ai fini della conclusione del procedimento senza accertamento dell'infrazione.

Quanto al primo aspetto, viene specificato che l'Autorità ritiene *"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"*. Tale precisazione si pone in linea con la prassi comunitaria e con lo stesso Considerando n. 13 del Regolamento 1/2003, secondo cui *"[l]e decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda"*, rafforzando ulteriormente l'ancoraggio dell'istituto al rispetto dei *"limiti previsti dall'ordinamento comunitario"* stabilito dall'articolo 14-ter della Legge 287/90.

In relazione al secondo aspetto, la Comunicazione chiarisce ora che gli impegni devono essere *"susceptibili di attuazione piena e tempestiva, nonché facilmente verificabili e idonei a rimuovere efficacemente i profili anticoncorrenziali individuati nel provvedimento di avvio di istruttoria"*.

Sono altresì specificati i motivi in base ai quali l'Autorità può ritenere di non esaminare le misure proposte, ossia ove essa ritenga che dette misure (i) non rispondano alle caratteristiche di piena attuazione, idoneità e facile verificabilità, (ii) siano tardive (*i.e.* proposte oltre tre mesi dall'avvio dell'istruttoria), o (iii) la restrizione della concorrenza oggetto dell'istruttoria appaia *"sufficientemente grave"*.

Da un punto di vista procedurale, ove l'Autorità deliberi il rigetto degli impegni, la Comunicazione – codificando una prassi già invalsa per l'Autorità – introduce espressamente l'onere per l'Autorità di fornire, entro un termine ragionevole, tempestiva comunicazione del rigetto alla parte proponente.

Ove l'Autorità ritenga di procedere all'esame delle misure, è ora introdotto un termine di 45 giorni entro cui gli impegni proposti saranno pubblicati sul Bollettino AGCM e sul sito internet dell'Autorità per sottoporli a consultazione pubblica (*market test*).

Analogamente al precedente testo, è previsto un termine di 30 giorni dalla data di pubblicazione entro cui i terzi interessati potranno presentare le proprie osservazioni ed un ulteriore termine di 30 giorni dalla conclusione del

<sup>3</sup> Sia il precedente testo che la bozza sottoposta a consultazione stabilivano che *"le parti interessate potranno essere sentite"*.

Il presente documento viene consegnato esclusivamente per fini divulgativi.

Esso non costituisce riferimento alcuno per contratti e/o impegni di qualsiasi natura.

Per ogni ulteriore chiarimento o approfondimento Vi preghiamo di contattare:

Roma

**Alberto Pera**  
Tel. +39 06 478751  
apera@gop.it

**Michele Carpagnano**  
Tel. +39 06 478751  
mcarpagnano@gop.it

**Giulia Codacci Pisanelli**  
Tel. +39 06 478751  
gcodacci@gop.it

Roma

Milano

Bologna

Padova

Torino

Abu Dhabi

Bruxelles

Londra

New York

www.gop.it

*market test* entro cui le parti proponenti potranno replicare alle osservazioni presentate dai terzi e, per tenere conto delle stesse, introdurre modifiche accessorie agli impegni: un'importante novità è che dette modifiche potranno essere apportate dalle imprese **per una sola volta**. Tale precisazione, a quanto si apprende dalla Comunicazione, è stata resa necessaria al fine di evitare "un continuo riesame degli impegni, di volta in volta corretti, modificati o integrati dalle parti, suscettibile di condizionare i tempi del procedimento e di accertamento dell'infrazione". Sembra tuttavia difficile che l'Autorità possa *de plano* rifiutare ulteriori correzioni alle misure proposte, ove le stesse siano effettivamente corredate da una obiettiva consistenza contenutistica.

Da ultimo, un'importante novità riguarda il termine del procedimento: mentre il precedente testo stabiliva in favore dell'Autorità la facoltà di decidere in merito agli impegni fino all'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie, è ora previsto che l'intera procedura di pubblicazione e valutazione degli impegni si concluda, fatte salve specifiche esigenze istruttorie, entro tre mesi dalla data di pubblicazione degli impegni (tale termine è sospeso in caso di richiesta di pareri obbligatori). L'intera procedura di impegni potrà dunque avere una durata massima non superiore a sette mesi e mezzo.

\*\*\*

La Comunicazione si caratterizza certamente per una migliore definizione delle scadenze procedurali (come emerge dalla tabella di seguito allegata), sia con riguardo alla fase di presentazione degli impegni da parte delle imprese, che alla successiva fase relativa alla valutazione degli stessi: come detto, l'intero procedimento si dovrebbe concludere in non più di sette mesi e mezzo dalla notifica dell'avvio.

La Comunicazione, se da un lato chiarisce più puntualmente i criteri applicativi dell'istituto degli impegni, assicurando maggiore trasparenza e certezza per le imprese, dall'altro presenta taluni elementi di incertezza: come detto, infatti, superando la definizione che compariva nella bozza sottoposta a consultazione, il termine trimestrale non è qualificato come perentorio. Tuttavia, talune previsioni (*i.e.* l'eccezionalità delle ipotesi in cui è prevista la proroga del termine di tre mesi e la possibilità per l'Autorità di rigettare gli impegni ove gli stessi siano tardivi) potrebbero in pratica ricreare gli effetti che sarebbero conseguiti alla perentorietà del termine.

A ciò si aggiunga che potrebbero esservi difficoltà, sia per le imprese che per l'Autorità, in una fase preliminare dell'indagine, di definire correttamente le fattispecie addebitate e di effettuare la complessa valutazione richiesta dalla procedura di impegni. Si osserva che, pur se non strettamente previsto dalla Comunicazione, le parti potrebbero avere la possibilità di un confronto preliminare alla presentazione di impegni con l'Autorità in un'audizione richiesta ai sensi della Legge antitrust (articolo 14 Legge 287/90), ciò che potrebbe essere di ausilio all'iniziale definizione delle misure. Occorrerà in ogni caso attendere per vedere se l'Autorità procederà in concreto ad un ulteriore bilanciamento, nella propria prassi applicativa, di due contrapposte esigenze: da un lato, di consentire alle imprese già prima della proposizione degli impegni in via definitiva una piena comprensione della fattispecie oggetto di esame ed una sufficiente elaborazione delle misure da proporre; dall'altro, di garantire una rapida definizione dell'esito del procedimento.

### TABELLA 1

#### Scadenze procedurali, Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-ter, Legge 287/90

